

**DIE RADBRUCHSCHE FORMEL  
IN DEN HÖCHSTRICHTERLICHEN  
„MAUERSCHÜTZENURTEILEN“**

Inaugural – Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen  
vorgelegt von

Steffen Forschner  
aus Kirchheim/Teck

2003

Dekan:	Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Fritjof Haft
Tag der mündlichen Prüfung:	18. Februar 2003

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>EINLEITUNG</b>	7
<b>A. DIE RADBRUCHSCHE FORMEL</b>	8
I. Der Begriff der Radbruchschen Formel	8
1. <i>Varianten in der Literatur</i>	8
2. <i>Begriffsklärung</i>	9
II. Vorläufer der Radbruchschen Formel	12
III. Inhalt der Radbruchschen Formel	13
IV. Rechtsphilosophischer Hintergrund der Radbruchschen Formel	15
V. Diskussion der Radbruchschen Formel	17
1. <i>Kompromißlösung der Radbruchschen Formel - keine Bestätigung unerträglichen Unrechts (Unrechtsargument)</i>	18
2. <i>Der Verfassungs-/Gesetzgeber und überpositives Recht</i>	19
3. <i>Strafbarkeit kraft Naturrecht</i>	21
4. <i>Verfälschung zusammengehöriger Normen</i>	23
5. <i>Verweisung an Gesetzgeber</i>	24
6. <i>Der Rechtsbegriff und das Verhältnis von Recht und Moral</i>	24
a) <i>Streit um den Rechtspositivismus</i>	24
b) <i>Unbestimmtheit der Moral</i>	25
c) <i>Das Prinzipienargument</i>	27
d) <i>Klarheit des Rechtsbegriffs</i>	29
e) <i>Pragmatische Überlegungen</i>	32
<b>B. DIE RADBRUCHSCHE FORMEL IN DER STRAFRECHTSPRECHUNG VOR ERLASS DER MAUERSCHÜTZENURTEILE</b>	34
I. BGHSt 2, 234 ff. und BGHSt 3, 357 ff.	34
II. BGHSt 2, 173 ff.	36

<b>C. BGH-URTEILE ZU DEN MAUERSCHÜTZENFÄLLEN</b>	<b>36</b>
I. Vorfragen zur Rechtfertigungsproblematik	38
1. Völkerrechtliche Verfahrenshindernisse	38
a) „Act of state doctrine“	38
b) Grundsatz der Staatenimmunität	38
2. Völkerstrafrecht – Verbrechen gegen die Menschlichkeit	39
3. Strafanwendungsrecht	41
a) Art. 315 Abs. 1 EGStGB	41
b) Art. 315 Abs. 4 EGStGB	42
c) Zwischenergebnis Strafanwendungsrecht	43
II. Rechtfertigung der Mauerschützen –	
Die Mauerschützenurteile des BGH	45
1. BGHSt 39, 1 ff.	45
a) Anwendung des § 27 DDR-GrenzG in der Staatspraxis der DDR	45
b) Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel	46
c) Verstoß gegen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)	47
d) Menschenrechtsfreundliche Auslegung	47
e) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG	48
f) Schuld	48
2. BGH NStZ 1993, 488 f. (Urteil v. 08.06.1993)	49
3. BGHSt 39, 353 ff. (Urteil v. 20.10.1993); BGHSt 40, 48 ff. (Urteil v. 18.01.1994)	50
4. BGHSt 40, 241 ff. (Urteil v. 26.07.1994)	51
5. BGHSt 40, 218 ff. (Urteil v. 26.07.1994)	52
6. BGHSt 41, 101 ff. (Urteil v. 20.03.1995)	53
a) Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel	53
b) Verstoß gegen IPBPR	55
c) Menschenrechtsfreundliche Auslegung	55
d) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG	56
7. BGH NJW 1995, 2732 ff. (Urteil v. 20.03.1995)	57
8. BGHSt 42, 356 ff. (Urteil vom 17. 12. 1996)	58

9. BGHSt 39, 168 ff (Urteil v. 25.03.1993); BGHSt 39, 199 ff (Beschuß v. 19.04.1993); BGHSt 39, 353 (Urteil v. 20.10.1993); BGHSt 40, 113 (Urteil v. 19.04.1994); BGHSt 41, 10 ff. (Beschuß v. 07.02.1995); BGHSt 41, 149 (Urteil v. 18.05.1995); BGHSt 42, 65 (Urteil v. 04.03.1996)	59
III. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu Verfassungsbe- schwerden von Mauerschützen/Hintermännern	59
1. Rechtfertigung der tödlichen Schüsse durch § 27 DDR-GrenzG	59
2. Art. 103 Abs. 2 GG	60
 <b>D. KRITISCHE BEWERTUNG DER BGH-RECHTSPRECHUNG IM HINBLICK AUF DIE RADBRUCHSCHE FORMEL</b>	 61
 I. Verstoß gegen den IPBPR	 62
1. Keine innerstaatliche Wirksamkeit allein durch völkerrechtliche Verpflichtung	63
2. Fehlende Transformation des IPBPR	63
3. Zwischenergebnis	64
II. Auslegung von § 27 DDR-GrenzG nach Verhältnismäßigkeits- grundsatz/menschenrechtsfreundliche Auslegung	65
1. Rechtstheoretische Ermittlung des in der DDR geltenden Rechts	65
2. Kritik an den Auslegungsmethoden des BGH	66
3. Auslegungsmethoden und -prinzipien im Recht der DDR	66
4. Strafbarkeit der Mauerschützen unter Anwendung der Aus- legungsmethoden und – prinzipien der DDR	68
III. Strafbarkeit mittels Anwendung der Radbruchschen Formel	68
IV. Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel auf die Mauerschützen- Fälle	72
1. Verstoß gegen völkerrechtliche Normen als extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel	72
a) Verstoß gegen die Ausreisefreiheit im Völkerrecht	73
b) Verstoß gegen das völkerrechtliche Recht auf Leben	76

c) Zwischenergebnis	77
2. Gesamtwertung der Anwendungspraxis von § 27 DDR-GrenzG als extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel	78
a) DDR als Unrechtsstaat	78
b) Vergleichbarkeit mit NS-Verbrechen	79
aa) keine willkürliche Ungleichbehandlung	79
bb) Möglichkeit systemkonformen Verhaltens	80
cc) Zwischenergebnis	80
c) Schußwaffenbestimmungen in der Bundesrepublik	81
d) Ausreisefreiheit in der Bundesrepublik	82
e) Toleranz gegenüber der DDR	83
f) substantielle Begründung extremen Unrechts	84
V. Konsequenzen der Anwendung der Radbruchschen Formel im Hinblick auf die einzelnen Mauerschützenfälle	86
<b>E. DAS RÜCKWIRKUNGSVERBOT ART. 103 ABS. 2 GG</b>	90
I. Der Gesetzeszweck des Art. 103 Abs. 2 GG	90
II. Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungs gründe	92
III. Art. 103 Abs. 2 GG nur im Rahmen einer demokratisch-rechtsstaat- lichen Gesetzgebung/im Rahmen des Rechts der Bundesrepublik?	95
IV. Keine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG durch den Einigungs- vertrag	97
V. Nachträgliche Anerkennung von Unrecht und inakzeptable Meistbe- günstigung	98
VI. Die Lösung des BGH	99
VII. Greift die Radbruchsche Formel in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein?	100
1. Verstoß gegen das Erfordernis einer <i>lex scripta</i>	100
2. Verstoß gegen das Gebot einer <i>lex praevia</i>	102

a) Faktische Handhabung des Rechts als Anknüpfungspunkt für Art. 103 Abs. 2 GG	103
b) Kritik an der faktischen Betrachtungsweise	104
c) Art. 103 Abs. 2 GG bei Änderung der Rechtspraxis bzw. Rechtsprechung	105
d) Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG	107
e) Analoge Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG	109
aa) <i>Vorliegen einer Gesetzes- bzw. Rechtslücke</i>	109
bb) <i>planwidrige Unvollständigkeit</i>	109
cc) <i>Analogie aufgrund einer Ähnlichkeit der zu regelnden Fälle</i>	110
dd) <i>Funktionsgleichheit von Rechtsprechung und Gesetzgebung?</i>	111
ee) <i>Ähnlichkeitsurteil in den Mauerschützenfällen</i>	117
VIII. Einschränkung von Art. 103 Abs. 2 GG	118
1. <i>Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zu Verfassungsbeschwerden von Mauerschützen/Hintermännern</i>	119
2. <i>Kollisionslösung bei vorbehaltlosen Grundrechten durch Güterabwägung und praktische Konkordanz</i>	120
3. <i>Art. 103 Abs. 2 GG kein absolutes Recht</i>	122
4. <i>Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG mit dem Gebot materieller Gerechtigkeit</i>	124
a) <i>Das Rechtsstaatsprinzip und das daraus resultierende Gebot der materiellen Gerechtigkeit</i>	124
b) <i>Kollisionslösung zwischen Art. 103 Abs. 2 GG und dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit durch Güterabwägung und praktische Konkordanz</i>	125
5. <i>Andere Lösungsansätze zur Einschränkung der Art. 103 Abs. 2 GG</i>	128
a) <i>Verwirkung von Art. 103 Abs. 2 GG</i>	128
b) <i>Staatsrechtliche oder völkerrechtliche Pönalisierungspflicht</i>	129

<b>F. DAS RÜCKWIRKUNGSVERBOT DES ART. 7 EMRK</b>	130
I. Anwendungsbereich von Art. 7 EMRK	130
II. Die Ausnahme in Art. 7 Abs. 2 EMRK	131
<b>G. ZUR SCHULD</b>	133
<b>ABKÜRZUNGEN</b>	136
<b>Literaturverzeichnis</b>	137

## **EINLEITUNG**

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die sogenannte Radbruchsche Formel, ihr Einfluß auf die strafrechtliche Beurteilung der Todesschüsse an der früheren innerdeutschen Grenze und die kritische Auseinandersetzung mit den hierzu ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen im Hinblick auf die Radbruchsche Formel.

Die deutsche Strafrechtsprechung stand zum zweiten Mal im 20. Jahrhundert vor dem Problem der Bewältigung einer nicht-rechtsstaatlichen Vergangenheit. Was im Rechtsalltag unter der Oberfläche des Rechtssystems ruht, trat in dieser Ausnahmesituation in den Mittelpunkt: Das Spannungsverhältnis von Recht und Moral mit der zentralen Frage nach dem normativen Verhältnis von positivem Recht und materieller Gerechtigkeit - oder anders formuliert - die Frage nach der Geltung von positivem Recht, das im Widerspruch zur Gerechtigkeit steht.

Den rechtsphilosophischen Kern der hierzu ergangenen Entscheidungen des BGH in Strafsachen und des Bundesverfassungsgerichts bildet die Radbruchsche Formel.

## A. DIE RADBRUCHSCHE FORMEL

### I. Der Begriff der Radbruchschen Formel

#### 1. Varianten in der Literatur

Von einer Formel ist im Zusammenhang mit Radbruch erstmals bei Lange<sup>1</sup> und nicht - wie häufig behauptet<sup>2</sup> - bei Evers<sup>3</sup> die Rede. Lange bezieht seinen Formelbegriff auf einen Aufsatz Radbruchs mit dem Titel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.“<sup>4</sup> In diesem Aufsatz befaßt sich Radbruch vor dem Hintergrund einschlägiger Strafverfahren gegen NS-Verbrecher mit der Frage, wie das normative Verhältnis von positivem Recht und Gerechtigkeit zu bestimmen sei und gelangt zu folgender Kernaussage:<sup>5</sup>

*„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 unzweckmäßig 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>1</sup> Lange, SJZ 1948, Spalte 655 f.

<sup>2</sup> z.B. Schumacher, S. 24; Saliger, S. 4, Fn. 9; Rosenau, S. 116, Fn. 518

<sup>3</sup> Evers, S.78 f.

<sup>4</sup> Radbruch, SJZ 1946, 105 ff.

<sup>5</sup> Radbruch, SJZ 1946, 105, 107

Der Begriff der Radbruchschen Formel wurde bisher uneinheitlich in verschiedenen Varianten gebraucht:<sup>6</sup>

In einer ersten Variante wurde der erste Satz dieses Zitats - die sogenannte Unerträglichkeitsthese - als Radbruchsche Formel bezeichnet.<sup>7</sup> Eine zweite Variante bezeichnet die sogenannte Verleugnungsthese am Ende der Passage.<sup>8</sup>

Eine dritte Variante definiert dagegen die gesamte oben zitierte Textstelle als Radbruchsche Formel; danach enthält die Radbruchsche Formel die erste Variante (Unerträglichkeitsthese) und die zweite Variante (Verleugnungsthese).<sup>9</sup>

Von der oben zitierten Textstelle losgelöst versteht sich eine vierte Variante der Radbruchschen Formel: Danach soll die Formel für die gesamte Radbruchsche Geltungslehre nach 1945 stehen, wie sie etwa in dem Aufsatztitel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ zum Ausdruck komme.<sup>10</sup>

Nach einer fünften, ebenfalls „weiten“ Variante hat die Formel zwei Aspekte: einen normativen, die Unerträglichkeitsthese (s.o.) und einen deskriptiven, die Wehrlosigkeitsthese;<sup>11</sup> der Begriff der Wehrlosigkeitsthese bezeichnet dabei die Behauptung, Justiz und Rechtswissenschaft zur Zeit der Weimarer Republik seien aufgrund ihrer positivistischen Überzeugung der NS-Herrschaft hilflos gegenübergestanden.

Angesichts dieser Formelvielfalt ist eine Klärung erforderlich:

## **2. Begriffsklärung**

Gegen die vierte „weite Variante“ spricht schon die Bezeichnung als Formel; auch wenn die Begriffe „gesetzliches Unrecht“ und „übergesetzliches

---

<sup>6</sup> vgl. Saliger, S.4 f

<sup>7</sup> z.B. Langner, S. 127; R. Dreier, Der Begriff des Rechts, S. 100; Wesel JA 1992, 289, 297 f.

<sup>8</sup> z.B. Ott, ZfSchR N. F. 107 (1988), 335

<sup>9</sup> z.B. Kaufmann, NJW 1995, 81, 82; H. Dreier, JZ 1997, 421, 423

<sup>10</sup> z.B. Laage, S. 265 Fn. 2; Lange, SJZ 1948, Spalte 655 f.

<sup>11</sup> H. Dreier, Festschrift Walter, S. 119

Recht“ zentrale Kategorien der Radbruchschen Geltungslehre nach 1945 bezeichnen, so erscheint eine Bezeichnung dieser Begriffe als Formel vom Wortsinn her unpassend.<sup>12</sup>

Letzteres gilt auch für die fünfte Variante. Außerdem beinhaltet sie mit der Wehrlosigkeitsthese eine zeitgebundene Erklärungshypothese, die heute nicht mehr haltbar ist. Hinter der Wehrlosigkeitsthese steht das verbreitete Vorurteil der Rechtspositivismus habe den Juristenstand gegenüber der Umwandlung der Weimarer Republik in den nationalsozialistischen Staat wehrlos gemacht, weil eine positivistisch geschulte Juristengeneration den Befehlen und Gesetzen des Terrorsystems gegenüber machtlos gewesen sei. Tatsächlich waren weder Justiz noch Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik durchweg positivistisch; in der Methodendiskussion zur Zeit der Weimarer Republik hat vielmehr Einigkeit in der Ablehnung des Positivismus bestanden.<sup>13</sup>

Gegen die in der zweiten und dritten Variante angesprochene Verleugnungsthese wird eingewandt, diese sei nicht anwendbar, ohne die Willensrichtung des Gesetzgebers zu kennen. Diesen Festzustellen sei jedoch kaum möglich.<sup>14</sup> Allenfalls bei einem grob verbrecherischen Gesetz (z.B. Nürnberger Rassegesetze) werde man einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers annehmen können; dann aber bedürfe es der Verleugnungsthese nicht.<sup>15</sup> Gegen das Argument fehlender Nachweisbarkeit eines Gerechtigkeitsbeugungsvorsatzes ist Folgendes einzuwenden: Die Verleugnungsthese ist nicht zwangsläufig dahingehend zu verstehen, daß es darum geht die Frage zu beantworten, was die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen gedacht und beabsichtigt haben. Überzeugender erscheint es, die Voraussetzungen der Verleugnungsthese nach objektiven und normbezogenen Kriterien zu entscheiden. Diese Vorgehensweise ent-

---

<sup>12</sup> Saliger, S. 5

<sup>13</sup> vgl. mit entsprechenden Literaturnachweisen Lechler, S. 11; Saliger, S. 5 f.

<sup>14</sup> R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 57 f; H. Dreier, JZ 1997, 421, 423; Evers, S. 82 f.

<sup>15</sup> Kaufmann, NJW 1995, 81, 82

spricht der überwiegend vertretenen Auffassung, daß es grundsätzlich bei der Auslegung von Gesetzen nicht auf den subjektiven Sinn des historischen Gesetzgebers, sondern vielmehr auf den im Gesetzeswortlaut objektivierten Willen des Gesetzgebers ankommt.<sup>16</sup> Der Verleugnungsthese kommt allerdings der oben zitierten Textstelle zufolge im gemeinsamen Bezug auf das Problem der Geltung unrichtigen Rechts keine von der Unerträglichkeitsthese abtrennbare Funktion zu. In der Unerträglichkeitsthese dürfte vielmehr lediglich eine Konkretisierung der Verleugnungsthese zu sehen sein, die keinen eigenständigen, von der Unerträglichkeitsthese abweichenden Gedanken enthält.<sup>17</sup> Die zweite Variante, welche die Verleugnungsthese als Radbruchsche Formel bezeichnet, ist daher abzulehnen.

Von den verbleibenden zwei Varianten ist der dritten der Vorzug zu geben: Die Unerträglichkeitsthese ist eindeutig objektiv orientiert. Sie enthält die Abgrenzung dafür, wann das positiv gesetzte Recht seine Geltung verliert und wann nicht und ist deshalb unverzichtbarer Bestandteil der oben zitierten Textstelle aus Radbruchs Aufsatz „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Recht.“ Die Unerträglichkeitsthese ist sicherlich auch die in der Rechtsprechung am häufigsten angesprochene Passage aus dem in Rede stehenden Aufsatz.<sup>18</sup> Obwohl die Unerträglichkeitsthese auch ohne die Verleugnungsthese verständlich und für sich genommen anwendbar erscheint - ein Aspekt der für die erste Variante spricht - wird im folgenden, wenn von der Radbruchschen Formel die Rede ist, die dritte Variante, also die Unerträglichkeitsthese zusammen mit der Verleugnungsthese bezeichnet. Maßgeblich ist dafür, daß z.T. - offensichtlich ohne dabei bewußt zwischen den beiden Thesen zu unterscheiden - nur die Verleugnungsthese angesprochen wird.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> z.B. BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 62, 1, 45; BGHZ 46, 74, 76; 49, 221, 223

<sup>17</sup> Saliger, S. 5

<sup>18</sup> Alexy, Mauerschützen S. 2 Fn. 3

<sup>19</sup> z.B. BGHSt 2, 234, 238; BVerfGE 3, 225, 232

## II. Vorläufer der Radbruchschen Formel

Eine mit der Radbruchschen Formel vergleichbare Konfliktlösung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit wurde von Reichel bereits im Jahre 1915 diskutiert.<sup>20</sup> Ausgehend davon, daß das Gesetz der Ordnung diene und zur Aufrechterhaltung der Ordnung Autorität erforderlich sei, müsse das Gesetz grundsätzlich unverbrüchlich sein. Daher müsse es auch dann, wenn es in hohem Maße ungerecht und unzweckmäßig ist gehalten werden.<sup>21</sup> Soweit es aber nicht nur ungerecht oder unzweckmäßig, sondern darüber hinaus geradezu unsittlich ist, d.h. sich mit dem allgemeinen sittlichen Bewußtsein der Zeit in schreienden Widerspruch setzt, sei die Grenze des Gehorsams erreicht. Solche Gesetze zu befolgen hieße „sehenden Auges Pferd und Wagen in den Abgrund treiben.“<sup>22</sup> Reichel gelangt schließlich zu folgendem Grundsatz:

*„Der Richter ist kraft seines Amtes verpflichtet, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde als durch deren Außerachtsetzung.“<sup>23</sup>*

Diese Formel deckt sich im Hinblick auf die Konfliktlösung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit vom Grundsatz her mit dem Inhalt der Radbruchschen Formel, wengleich der Formel Reichels ungleich weniger Beachtung zuteil wurde als der Radbruchschen Formel.

---

<sup>20</sup> Reichel, S. 122 ff.

<sup>21</sup> Reichel, S. 139

<sup>22</sup> Reichel, S. 140

<sup>23</sup> Reichel, S. 142

### III. Inhalt der Radbruchschen Formel

Folgende drei Feststellungen werden von der Radbruchschen Formel im Hinblick auf nach innerstaatlichen Maßstäben ordnungsgemäß erlassene Rechtssätze getroffen:<sup>24</sup>

(1) Das positive Recht gilt auch dann, wenn es ungerecht und unzweckmäßig ist.

(2) Das positive Recht muß der Gerechtigkeit weichen, wenn der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß es unrichtiges Recht darstellt (=Unerträglichkeitsthese).

(3) Positives Recht entbehrt der Rechtsnatur, wenn Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt und die Gleichheit bei der Setzung des Rechts bewußt verleugnet wurde (= Verleugnungsthese).

Die Radbruchsche Formel fordert keine vollständige Deckung des Rechts mit der Moral. Sie läßt einerseits das gesetzte und wirksame Recht auch dann gelten, wenn es ungerecht ist und verlangt schon gar nicht eine Orientierung des gesamten Rechts auf die Moral hin. Vielmehr baut die Radbruchsche Formel dem Recht eine äußerste Grenze ein. Grundsätzlich ist Recht, was ordnungsgemäß gesetzt und sozial wirksam ist (= das positive Recht); erst wenn eine mit der Unerträglichkeitsthese und der Verleugnungsthese bezeichnete extreme Schwelle der Ungerechtigkeit überschritten wird, verliert das positive Recht seinen Rechtscharakter und seine Geltung. Wie bereits angesprochen<sup>25</sup> sind die beiden mit der Unerträglichkeitsthese und der Verleugnungsthese getroffenen Grenzziehungen funktionell gleichwertig. Ein Unterschied besteht lediglich in „Nuancen in der Sprache, nicht in der Sache.“<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> vgl. Buchner, S. 154

<sup>25</sup> s.o. A.I.2.

<sup>26</sup> vgl. Wesel, JA 1992, 289, 298

Kurz gefaßt hat die Radbruchsche Formel demnach folgenden Inhalt:

Extremes Unrecht ist kein Recht.<sup>27</sup>

Die Radbruchsche Formel beabsichtigt eine Lösung des Konflikts zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit:

Die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit sind Werte des Rechts, die zueinander im Widerstreit stehen können. Soweit die Rechtssicherheit die Geltung auch von unrichtigem Recht rechtfertigt und damit „Unrechtssicherheit“ miteinschließt, tritt sie in einen notwendigen Gegensatz zur Gerechtigkeit.<sup>28</sup> Die Radbruchsche Formel enthält eine Kollisionsregel, die eine Minimalforderung an materieller Gerechtigkeit formuliert.<sup>29</sup> Diese Kollisionsregel geht davon aus, daß der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sich einer absoluten „Lösung“ zugunsten einer Seite verschließt und folglich nur eine bedingte Vorrangrelation in Betracht kommt. Diese bedingte Vorrangrelation fällt zugunsten der Rechtssicherheit aus und wird durch die relativierende Bedingung des „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“ begrenzt.<sup>30</sup>

Die Feststellung, daß ein Gesetz der Gerechtigkeit in einem unerträglichen Maß widerspricht, erfolgt im Wege einer Falsifikation.<sup>31</sup> Eine Falsifikation ist leichter und führt zu sichereren Ergebnissen als eine Verifikation. Es liegt in der Eigentümlichkeit menschlichen Erkenntnisvermögens, daß eine sichere Erkenntnis dessen möglich ist, was ein Ding nicht ist, während die Feststellung, was ein Ding ist, kaum getroffen werden kann.<sup>32</sup> Dieses „negative Prinzip“, wonach sich Philosophie und Wissenschaft nicht Erkenntnisse über das „Wesen“ der Dinge zutrauen (synthetische Urteile a priori), sondern nur solche über ihr „Nicht-Wesen“, ist in der philosophischen Tra-

---

<sup>27</sup> so die Kurzfassung der Radbruchschen Formel bei Alexy, Mauerschützen, S. 4; ähnlich BVerfG JZ 1997, 142, 144; NJ 2000, 139, 140

<sup>28</sup> Saliger, S. 8

<sup>29</sup> Frommel, S. 89

<sup>30</sup> Saliger, S. 7

<sup>31</sup> Kaufmann, NJW 1995, 81, 83

<sup>32</sup> Kaufmann, Utilitarismus, S. 13 ff.

dition der „Philosophia negativa“ fest verankert. Neu aufgegriffen wurde dieses Prinzip in Poppers „Kritischem Rationalismus“.<sup>33</sup> Poppers Auffassung zufolge kann die Wissenschaft aufgrund der Unsicherheit von Induktionsschlüssen überhaupt nicht positiv begründen, sondern nur aufgestellte Thesen falsifizieren. Richtig daran ist zumindest, daß Falsifizieren sehr viel leichter möglich ist als Verifizieren. Daher fällt auch ein Urteil darüber was extrem Ungerecht ist viel leichter als ein Urteil darüber was Gerecht ist. Die Radbruchsche Formel macht keine Aussage darüber was Recht ist, sondern nur eine Aussage darüber was Recht nicht ist, nämlich eine der Gerechtigkeit in unerträglichem Maß widerstreitende Norm. Die Voraussetzungen der Radbruchschen Formel können daher festgestellt werden ohne präzise Kenntnis dessen, was Gerechtigkeit ist.<sup>34</sup>

#### **IV. Rechtsphilosophischer Hintergrund der Radbruchschen Formel**

Der Radbruchschen Formel liegt eine Rechtsphilosophie jenseits von klassischem Naturrecht und Rechtspositivismus zugrunde:<sup>35</sup>

Sie ist insofern nicht klassisch naturrechtlich, weil sie die Vorstellung eines zwar unvernünftigen, aber dennoch verbindlichen positiven Rechts einschließt. Diese dem Positivismus geläufige Doktrin widerspricht der klassischen Naturrechtsdoktrin. Danach bricht Naturrecht, einmal erkannt, entgegenstehendes positives Recht, so daß positives Recht, das ungerecht und verbindlich zugleich ist, nicht möglich ist.<sup>36</sup>

Umgekehrt gilt positives Recht nach der Radbruchschen Formel selbst bei Annahme einer bedingten Vorrangrelation zugunsten der Rechtssicherheit nicht gänzlich ohne Rücksicht auf den Inhalt. Insofern geht es in der Radbruchschen Formel auch um überpositives Naturrecht.<sup>37</sup> Ohne die Vorstellung von der Existenz eines überpositiven Naturrechts macht die Rad-

---

<sup>33</sup> Popper, S. 3 ff.

<sup>34</sup> Kaufmann, NJW 1995, 81, 83

<sup>35</sup> vgl. Saliger, S. 7 ff.; zur Stellung der Radbruchschen Formel innerhalb Radbruchs Rechtsphilosophie vgl. Saliger, S. 7 ff.; Seidel, S. 179 ff.

<sup>36</sup> z.B. Cathrein, S. 463 und S. 566

<sup>37</sup> a. A. ohne nähere Begründung Frommel, S. 89

bruchsche Formel keinen Sinn.<sup>38</sup> Die Radbruchsche Formel enthält nicht nur positives Recht in der Form von übergesetzlichem Recht.<sup>39</sup> Auch eine denkbare Konkretisierung der Radbruchschen Formel dahingehend, daß extremes Unrecht mit Verstößen gegen allgemein anerkannte Menschenrechte gleichgesetzt wird,<sup>40</sup> führt keineswegs zu dem Ergebnis, daß dann lediglich übergesetzliches Recht positiv aufgrund ähnlicher Kriterien wie beim Gewohnheitsrecht zur Anwendung käme. Zwar ist das Gewohnheitsrecht ohne Zweifel positives Recht, dessen Positivität gerade auf seiner sozialen Geltung beruht, zu der dann noch die Überzeugung der Richtigkeit hinzukommen muß.<sup>41</sup> Eine soziale Geltung allgemein anerkannter Menschenrechte wird aber in Unrechtsstaaten, auf welche die Radbruchsche Formel gerade zugeschnitten ist, regelmäßig nicht vorliegen. Falls dies doch der Fall wäre, bliebe die Radbruchsche Formel ohne rechtliche Bedeutung, da die betreffenden Menschenrechte allein maßgeblich wären. Wird aber nur der mit der Radbruchschen Formel vorausgesetzte unerträgliche Gerechtigkeitsverstoß dergestalt konkretisiert, daß die Unerträglichkeit an Verstößen anerkannter Menschenrechte bemessen wird und so diesen Menschenrechten über die Radbruchsche Formel naturrechtliche Geltung zukommt, dann ändert dies nichts am naturrechtlichen Inhalt der Radbruchschen Formel.<sup>42</sup>

Das in der Radbruchschen Formel angesprochene extreme Unrecht ist somit nicht von der gesetzten positiven Rechtsordnung, sondern von materieller Gerechtigkeit mit naturrechtlicher Geltung bestimmt und durchbricht ausnahmsweise das positive Recht – eine Konsequenz die mit rechtsposi-

---

<sup>38</sup> K. Kühl, S. 615; Alexy, Mauerschützen, S. 26 Fn. 59

<sup>39</sup> dahingehend könnte aber Kaufmann, NJW 1995, 81, 85 f. interpretiert werden

<sup>40</sup> vgl. BGH NJW 1994, 2708, 2709; BGH NJ 1995, 539, 541; Kaufmann, NJW 1995, 81, 85 f

<sup>41</sup> Alexy, Beschluß, S. 28 FN 87

<sup>42</sup> Zur Begründung der These, die Radbruchsche Formel enthalte *kein* überpositives Recht, beruft sich Kaufmann in NJW 1995, 81, 85 darauf, Radbruch selbst habe immer nur von übergesetzlichem Recht und nicht von überpositivem Recht gesprochen. Daraus folgt aber nicht, daß Radbruch mit übergesetzlichem Recht nicht auch das begrifflich engere überpositive Recht bezeichnen wollte. Denn mit übergesetzlichem Recht kann durchaus auch überpositives Recht gemeint sein, das ebenso wie z.B. Verfassungsnormen begrifflich als übergesetzliches Recht anzusehen ist. Freilich wäre es präziser gewesen, wenn Radbruch den der Radbruchschen Formel zugrundeliegenden Aufsatz (SJZ

tivistischem Denken nicht vereinbar ist.<sup>43</sup> Die Radbruchsche Formel richtet sich damit vor dem Hintergrund der NS-Herrschaft<sup>44</sup> primär gegen den Gesetzespositivismus, als der Variante des Rechtspositivismus, derzufolge der Gesetzgeber jeden beliebigen Inhalt in Gesetzesform gießen kann.<sup>45</sup> Wer die Radbruchsche Formel vertritt, hat aufgehört, ein Rechtspositivist zu sein. Ein Positivist stellt allein auf die ordnungsgemäße Gesetztheit und die soziale Wirksamkeit ab. Unter dem Aspekt des Rechtscharakters oder der Rechtsgeltung interessiert ihn der Inhalt der Norm nicht.<sup>46</sup> Dies kommt in der Formulierung des Rechtspositivisten Hans Kelsen zum Ausdruck, wonach „jeder beliebige Inhalt Recht sein kann.“<sup>47</sup> Gleichzeitig wird mit der Radbruchsche Formel einem radikalen Relativismus eine Absage erteilt; ein radikaler Relativist wird bestreiten, daß es überhaupt so etwas wie extremes Unrecht gibt und behaupten, daß Urteile über extremes Unrecht, wie überhaupt Urteile über Unrecht, keinerlei kognitive und objektive Bedeutung haben.<sup>48</sup>

## V. Diskussion der Radbruchschen Formel

Im Zusammenhang mit der Radbruchschen Formel ist einerseits von einer „unseligen Formel“ die Rede,<sup>49</sup> während sie anderen dagegen als „Stein des Weisen“ gilt.<sup>50</sup> Diese gegensätzlichen Einschätzungen bringen die Uneinigkeit über die Akzeptanz der Radbruchschen Formel zum Ausdruck. Nachfolgend sollen die Argumente für und wider die Radbruchsche Formel diskutiert werden.

---

1946, 105 ff. - vgl. oben A.I.1.) mit „Gesetzliches Unrecht und *überpositives* Recht“ überschrieben hätte.

<sup>43</sup> vgl. Hoerster, NJW 1986, 2480 ff.

<sup>44</sup> s.o. A.I.

<sup>45</sup> Saliger, S. 10

<sup>46</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 4

<sup>47</sup> Kelsen, S. 63

<sup>48</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 22

<sup>49</sup> Zielinski, S. 827

<sup>50</sup> Rosenau, S. 114

## **1. Kompromißlösung der Radbruchschen Formel - keine Bestätigung unerträglichen Unrechts (Unrechtsargument)**

Entscheidender Gesichtspunkt für die Radbruchsche Formel ist die von ihr getroffene Konfliktlösung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Im folgenden soll gezeigt werden, daß diese Konfliktlösung einen überzeugenden Kompromiß zwischen diesen beiden kollidierenden Werten darstellt, indem extremes Unrecht für nichtig erklärt wird, während diejenigen Fälle, die nicht die Grenze extremen Unrechts überschreiten zugunsten der Rechtssicherheit streng positivistisch gehandhabt werden. Daß aus Gründen der Rechtssicherheit nicht jede Ungerechtigkeit Anlaß geben kann, positivem Recht die Geltung abzusprechen, wird heute nicht mehr bezweifelt. Uneinigkeit besteht nur darüber, ob - wie von der Radbruchschen Formel bestimmt - im Falle extremen Unrechts das positiv gesetzte Recht zu Lasten der Rechtssicherheit für nichtig erklärt werden soll. Die einschlägige Rechtsprechung deutscher Gerichte nach 1945<sup>51</sup> zeigt, daß es insbesondere im Hinblick auf NS-Verbrechen zu äußerst fragwürdigen Ergebnissen führt, wenn derartige Fälle streng positivistisch entschieden werden.<sup>52</sup> Ohne die Radbruchsche Formel würde extremes Unrecht aufrechterhalten und fortgesetzt. Einmal in die Welt gesetzte extrem ungerechte Gesetze und Normen wären zu befolgen, auch wenn sie in schreienden Widerspruch zur Grundidee des Rechts, nämlich der Gerechtigkeit zu dienen,<sup>53</sup> stünden.

Auch von Gegnern der Radbruchschen Formel wird selbstverständlich nicht in Abrede gestellt, daß die Radbruchsche Formel den Vorzug mit sich bringt, gerechtere Entscheidung treffen zu können, so daß extremes Unrecht bei aktueller Rechtsanwendung nicht weiter aufrechterhalten und fortgesetzt wird. Die Uneinigkeit liegt nur in der Frage, ob diesem „Vorteil“ nicht überwiegende „Nachteile“ entgegenstehen.

---

<sup>51</sup> vgl. die Darstellungen bei Schumacher, S. 69 ff., Ott, ZfSchR N.F. 107 (1988), 335 ff.

<sup>52</sup> R. Dreier, Der Begriff des Rechts, S. 101

<sup>53</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 123

## **2. Der Verfassungs-/Gesetzgeber und überpositives Recht**

Gegen die Radbruchsche Formel wird eingewendet, daß das Grundgesetz sich für einen streng positivistischen Rechtsbegriff entschieden habe.<sup>54</sup> Der Verfassungsgeber sei offensichtlich nicht von der vorrangigen Geltung überpositiver Normen ausgegangen. Andernfalls hätte die Verfassung bestimmte Regelungen nicht treffen müssen oder treffen können. Die differenzierte Regelung des Art. 116 Abs. 2 GG wäre überflüssig gewesen, wenn der Verfassungsgeber die Radbruchsche Formel berücksichtigt hätte. Zudem bringe Art. 116 Abs. 2 S. 2 GG zum Ausdruck, daß es eines Rechtsakts bedarf, um jemanden „auf Antrag wieder einzubürgern.“ Dies bedeute, daß der Verfassungsgeber von der Rechtswirksamkeit der Ausbürgerungen im Dritten Reich ausging,<sup>55</sup> was bei dessen Anerkennung der Radbruchschen Formel nicht der Fall hätte sein können. Dieser Befund werde auch durch den Umgang des Gesetzgebers mit den Gesetzen des Dritten Reichs bestätigt. Als Beispiel wird das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG)<sup>56</sup> genannt. Der Generalklausel des § 1 S. 1 NS-AufhG zufolge „werden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen, die unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit nach dem 30. Januar 1933 zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, weltanschaulichen, militärischen, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergingen sind, aufgehoben.“ Der Gesetzgeber gehe auch hier von der Rechtswirksamkeit gesetzesvollziehender Entscheidungen aus, die auf der Grundlage der Radbruchschen Formel nichtig sind.

Im Hinblick auf diese Einwendungen gegen die Radbruchsche Formel ist vorweg festzustellen, daß die Radbruchsche Formel gerade nicht davon abhängig ist, ob ein Verfassungs- oder Gesetzgeber sie respektiert oder nicht. Entscheidender Aspekt der Radbruchschen Formel ist gerade, daß

---

<sup>54</sup> vgl. Seidel, S. 262 f

<sup>55</sup> Makarov, JZ 1968, 559, 561

<sup>56</sup> BGBl. I 1998, 2501

sie sich im Falle unerträglichen Unrechts über die Entscheidung von Verfassungs- und Gesetzgeber hinwegsetzt. Ebenso wenig kann entscheidend sein, ob der einfache bundesrepublikanische Gesetzgeber die Radbruchsche Formel akzeptiert oder nicht, da insofern die Vorgabe des Grundgesetzes vorrangig wäre. Das Grundgesetz hat sich aber ohnehin nicht gegen die Geltung überpositiven Rechts ausgesprochen. Das Grundgesetz hat vielmehr in Art. 20 Abs. 3 mit der Formel „Gesetz und Recht“ zum Ausdruck gebracht, daß nicht bereits das Gesetz genügt, um Rechtsstaatlichkeit zu gewährleisten.<sup>57</sup> Mit dieser Formulierung ist nicht nur die Möglichkeit der Existenz auch ungeschriebenen Rechts/Gewohnheitsrechts gemeint; diese Deutung würde grundlegenden Entscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere dem Bekenntnis zum Rechtsstaatsprinzip, zuwiderlaufen.<sup>58</sup> Man wird davon ausgehen können, daß der Parlamentarische Rat - besonders nach den bitteren Erfahrungen der NS-Herrschaft, aber auch schon der ausgehenden Weimarer Republik - in der ihm eigenen zurückhaltenden Weise auf das unlösbare Spannungsverhältnis zwischen den Phänomenen Gesetz, Recht und Gerechtigkeit hinweisen wollte.<sup>59</sup> Unter der Geltung des Grundgesetzes kann sich kein Staatsorgan damit beruhigen, daß eine handgreifliche Verletzung des Gerechtigkeitsgedankens in einem Gesetz zugelassen oder vorgeschrieben ist. Gesetz und Recht stehen in Art. 20 Abs. 3 GG gleichberechtigt nebeneinander; es gilt weder prinzipiell „Gesetz vor Recht“ noch gilt prinzipiell „Recht vor Gesetz.“ Das Grundgesetz läßt auch in Art. 1 Abs. 2 GG mit der Formulierung „unveräußerlicher und unverletzlicher Menschenrechte“ erkennen, daß ihm ein „Recht-vor-Gesetz-Denken“ nicht fremd ist.<sup>60</sup> Ohne Bedeutung ist die unterschiedliche Formulierung des Art. 20 Abs. 3 GG gegenüber Art. 97 Abs. 1 GG. Bei Art. 20 Abs. 3 GG geht es um das Prinzip, bei Art. 97 Abs. 1 GG um die Ausformung im Regelfall des Rechtsprechens, in welchem dem Richter die Berufung auf überpositives Recht verwehrt wird.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Stern I, S. 798

<sup>58</sup> Stern I, S. 798, S. 776 ff.

<sup>59</sup> Herzog in Maunz/Dürig, Art. 20 GG, Abschnitt IV, Rdn. 53

<sup>60</sup> BVerfGE 3, 225, 232

<sup>61</sup> Stern I, S. 798

Das Grundgesetz begibt sich auch nicht in einen Selbstwiderspruch, wenn es – wie in Art. 116 geschehen – Regelungen über nichtige NS-Normen trifft. Die Radbruchsche Formel verbietet nicht, im Falle extrem ungerichteter Normen nachträglich deren Nichtigkeit per Gesetz auszusprechen. Freilich wäre es dogmatisch wünschenswert gewesen, in der Gesetzesformulierung die deklaratorische Wirkung des Gesetzes im Hinblick auf das nichtige NS-(Un-)Recht zum Ausdruck zu bringen.

### **3. Strafbarkeit kraft Naturrecht**

Ein weiterer Einwand gegen die Radbruchsche Formel ist, daß sie in Strafrechtsfällen zu einer Verwerfung von Rechtfertigungsgründen führen kann und so einzelnen Normen die Rechtsqualität versagt wird, während aber das normative Umfeld dieser Rechtssätze unverändert bestehen bleibt.<sup>62</sup> Dieser Wirkungsmechanismus der Radbruchschen Formel sei an einem Denunziationsfall aus der NS-Zeit<sup>63</sup> veranschaulicht:

Eine Frau, die ihren Ehemann loswerden wollte, hatte den Behörden angegeben, er habe während eines Fronturlaubs abfällige Bemerkungen über Hitler gemacht, woraufhin der Ehemann inhaftiert wurde. Eine Anwendung der Radbruchschen Formel führt dazu, daß nach Wegfall des Rechtfertigungsgrundes (Inhaftierung aufgrund eines Nazigesetzes) das strafbare Delikt (Freiheitsberaubung) zurückbleibt und zur Anwendung kommt.

Gegen diesen Wirkungsmechanismus der Radbruchschen Formel wird eingewandt,<sup>64</sup> daß die gesetzliche Strafbarkeit eines einzelnen Täters letztlich aus der Anwendung naturrechtlicher Sätze gefolgert bzw. darauf gestützt wird, daß das Naturrecht Strafbarkeit begründet. Dies sei mit dem klassischen Naturrecht nicht zu vereinbaren.<sup>65</sup> Das auf sittlichen Werten der Gerechtigkeit, der Treue, der Zuverlässigkeit usw. beruhende Naturrecht gebiete nur, diesen Werten widersprechende Gesetzen, den Gehorsam zu

---

<sup>62</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 428

<sup>63</sup> vgl. OLG Bamberg SJZ 1950, Spalte 207 ff.

<sup>64</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 428; ähnl. Joerden, GA 1997, 201, 207 f.

<sup>65</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 428; Pawlik, GA 1994, 472, 480; H. Coing, SJZ 1947, Spalte 61 ff.

verweigern und gebe ein Recht zum Widerstand gegen sie, fordere aber keine Bestrafung dessen, der diesem Gebot nicht gehorcht und die unsittlichen Gesetze befolgt.<sup>66</sup> Das Naturrecht diene nur zur Rechtfertigung desjenigen, der diesen Gesetzen nicht Folge leistet und kann Widerstand, Aufruhr und Tyrannenmord legitimieren.<sup>67</sup> Eine vorrangige Wirkung überpositiven Rechts gegenüber positivem Recht bzw. die Verneinung der Geltung und der Rechtsqualität von Gesetzen, die gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit verstoßen, sei nicht dahingehend zu verstehen, daß jene Gesetze nicht zum Komplex der vom Staat erlassenen Anweisungen gehört hätten, oder daß der Staat nicht ihre Befolgung geboten hätte.<sup>68</sup> Die vorrangige Wirkung überpositiven Rechts habe nur zur Folge, daß Gesetze, die gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit verstoßen nicht Teil der objektiven Sollensordnung sind und den einzelnen daher nicht im Gewissen verpflichten. Außerdem wird eingewandt, die Radbruchsche Formel beruhe auf einer punktuellen Betrachtung der einzelnen Gesetze. Die Welt des geltenden Rechts sei immer eine „heile Welt“, wenn sie durch Normen des überpositiven Rechts korrigiert werde, unbeschadet dessen, daß in einem Staat „noch so abscheulich Gesetze bestehen, befolgt und durchgesetzt werden.“<sup>69</sup> Die Radbruchsche Formel wäre deshalb nicht in der Lage, die kategoriale Differenz zwischen den Fällen des „Unrechts im Staat“ und „Unrechts des Staates“ zum Ausdruck zu bringen; stattdessen werde das geschehene Unrecht vereinzelt und individualisiert und die genuin politische Qualität ignoriert.<sup>70</sup>

Die von der vorstehenden Kritik beschriebene Wirkungsweise der Radbruchschen Formel ist zutreffend wiedergegeben. Der Vorwurf, daß die Wirkungsweise der Radbruchschen Formel die gesetzliche Strafbarkeit eines einzelnen Täters letztlich aus der Anwendung naturrechtlicher Sätze folgert darf allerdings nicht dahingehend verstanden werden, daß an die

---

<sup>66</sup> H. Coing, SJZ 1947, Spalte 61 ff.

<sup>67</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 428 FN 96 mit weiteren Nachweisen

<sup>68</sup> Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, S. 12

<sup>69</sup> Pawlik, GA 1994, 472, 479 unter Berufung auf Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, S. 14

<sup>70</sup> Pawlik, GA 1994, 472, 480

Stelle des der Radbruchschen Formel zufolge unwirksame Recht überpositives Recht tritt, welches dann die Strafbarkeit begründet. Denn im Falle der Beseitigung extrem ungerechter Rechtfertigungsgründe entsteht keine Lücke insofern als die Strafbarkeit auf die vorhandenen Straftatbestände gestützt wird (in obigem Beispielfall den Straftatbestand der Freiheitsberaubung). Diese Wirkungsweise spricht aber nicht gegen die Radbruchsche Formel. Es mag zwar zutreffen, daß die Radbruchsche Formel über die klassisch naturrechtliche Wirkungsweise hinausgeht. Insofern ist die Radbruchsche Formel eben nicht klassisch naturrechtlich. Auch die Tatsache, daß extremes Unrecht möglicherweise in politischem Zusammenhang steht und die Radbruchsche Formel keine Unterscheidung zwischen politischem und nicht politischem Unrecht trifft spricht nicht gegen die Radbruchsche Formel, da der politische Zusammenhang nicht gebietet, extremes Unrecht allein deshalb anzuerkennen und gelten zu lassen.

#### **4. Verfälschung zusammengehöriger Normen**

In der bereits erwähnten Wirkungsweise der Radbruchsche Formel, wonach in Strafrechtsfällen durch eine Verwerfung von Rechtfertigungsgründen einzelnen Normen die Rechtsqualität versagt wird, während aber das normative Umfeld dieser Rechtssätze unverändert bestehen bleibt, wird außerdem eine Verfälschung zusammengehöriger Normen gesehen. Durch die Radbruchsche Formel entstehe bei der Beseitigung von Rechtfertigungsgründen ein rechtliches Vakuum, das nicht durch den ursprünglichen Straftatbestand ausgefüllt werden darf.<sup>71</sup> Man verfälsche die Vorschriften eines Staates, wenn man einige herausreißt und den Rest interpretiert, als gehöre das Herausgerissene nicht dazu.<sup>72</sup> Die Rechtsordnung sei ein Kontinuum, bei dem es wie in einem sonstigen Text unzulässig sei einige Sätze oder Absätze herauszureißen und zu behaupten, das Verbleibende entspreche den Intentionen des Autors.

---

<sup>71</sup> Jakobs, GA 1994, 1, 12

<sup>72</sup> Jakobs, Vergangenheitsbewältigung, S. 46

Diese Überlegungen greifen jedenfalls nicht im Verhältnis zwischen Straftatbeständen und Rechtfertigungsgründen. Selbst bei Normen, in denen Regel und Ausnahme dergestalt zusammenspielen, daß der Sinn der gesamten Regelung von diesem Zusammenspiel abhängt, ist fraglich, ob vorrangig die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen wäre.<sup>73</sup> Schließlich gibt es keine Auslegungsregel, derzufolge der Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung grundsätzlich an erster Stelle zu berücksichtigen ist. Straftatbestände geben auch ohne einschränkende Erlaubnissätze Sinn. Der Sinngehalt eines Straftatbestandes wird nicht dadurch zerstört, daß Erlaubnissätze entfallen und der Straftatbestand dabei unverändert bleibt.

## **5. Verweisung an Gesetzgeber**

Man könnte gegen die Radbruchsche Formel einwenden, daß es nach dem Zusammenbruch eines Unrechtsregimes Sache des Gesetzgebers ist, rückwirkend unerträgliches Unrecht aufzuheben.<sup>74</sup> An der Berufung des Gesetzgebers ist sicherlich nicht zu zweifeln. Allein ist damit nicht gesagt, wie sich ein Rechtsanwender zu verhalten hat, wenn der Gesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, untätig bleibt. Damit besteht zumindest für diejenigen Fälle, die von Gesetzgeber nicht geregelt wurden die Notwendigkeit einer Entscheidung über die Handhabung unerträgliches Unrechts.

## **6. Der Rechtsbegriff und das Verhältnis von Recht und Moral**

### **a) Streit um den Rechtspositivismus**

Kritisiert wird die in der Radbruchschen Formel enthaltene Verbindung zwischen Recht und Moral. Damit ist der Streit um den Rechtspositivismus angesprochen. Von Seiten der Rechtspositivisten wird die sogenannte Trennungsthese vertreten. Dieser These zufolge beinhaltet der Begriff des

---

<sup>73</sup> vgl. Buchner, S. 89 f.

<sup>74</sup> vgl. Hart, Recht und Moral, S. 44 ff.

Rechts keine moralischen Elemente. Wie bereits angesprochen,<sup>75</sup> kann nach rechtspositivistischer Auffassung jeder beliebige Inhalt, also auch unerträgliches Unrecht gültiges Rechts sein. Mit der Trennung von Recht und Moral soll nach Kelsen - einem der Hauptvertreter eines streng positivistischen Rechtsbegriffs - die Rechtswissenschaft von psychologischen, soziologischen, ethischen und politischen Erwägungen freigehalten werden und sich dadurch von moralischen Gesichtspunkten und dem darauf beruhenden Naturrecht abgrenzen.<sup>76</sup> Kelsen geht dabei auf die neukantianische Unterscheidung zwischen Sollen und Sein zurück und sieht das Sollen als logische Struktur an, das keinen ethischen Wert darstellt.<sup>77</sup> Mit diesem Standpunkt ist die mit der Radbruchschen Formel vorgenommene Verknüpfung von Recht und Moral nicht zu vereinbaren. Hier soll keinesfalls der Versuch unternommen werden, den Streit um den Rechtspositivismus abschließend zu klären. Es sollen jedoch Einwendungen von Seiten des Rechtspositivismus gegen die in der Radbruchschen Formel enthaltene Verbindung von Recht und Moral diskutiert werden.

## **b) Unbestimmtheit der Moral**

Ohne die Trennung von Recht und Moral würden die Menschen dazu neigen, voreilig und ohne Rücksicht auf mögliche Schäden für die Gesellschaft bestimmte Gesetze für ungültig und nicht befolgsam zu erklären.<sup>78</sup> Es bestehe keinerlei Garantie oder auch nur Wahrscheinlichkeit dafür, daß jene Moral, die der betreffende Richter oder Bürger in seinen Rechtsbegriff aufnimmt, tatsächlich eine aufgeklärte Moral ist. Es spreche im allgemeinen nichts dafür, daß die moralischen Vorstellungen irgendeines Individuums oder irgendeiner bestimmten Gesellschaft in irgendeinem Sinn aufgeklärter (etwa „humaner“ oder „gerechter“) sind als die positiven Rechtsnormen des entsprechenden Staates. Vergleiche man beispielsweise die

---

<sup>75</sup> s.o. A.IV.

<sup>76</sup> Kelsen, S. 1 ff.

<sup>77</sup> Kelsen, S. 22 ff.

<sup>78</sup> Hart, Concept of Law, S. 211/dt. Übersetzung S. 290 unter Berufung auf Bentham und Austin

Einstellung der bundesrepublikanischen Bevölkerung und die Normierung des Grundgesetzes zur Legitimität der Todesstrafe, so sei festzustellen, daß es eben nicht nur den Richter und Bürger gebe, der, konfrontiert mit „Nazigesetzen“, lieber einer humanen Moral folgen möchten. Es gebe ebenso den Richter oder Bürger, der anstelle von „demokratischen“ Gesetzen lieber einer Nazimoral folgen möchte.<sup>79</sup>

Ferner wurde im Hinblick auf die in der Radbruchschen Formel enthaltene „moralische Komponente“ des unerträglichen Unrechts schon kurz nach deren Erscheinen in Radbruchs Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ zu bedenken gegeben, daß sie keinen Maßstab zur Verfügung stelle, der eine objektive Prüfung erlaube, wann ein unerträglicher Widerspruch zur Gerechtigkeit vorliegt.<sup>80</sup> Weiter wird die Auffassung vertreten, das Unerträglichkeitskriterium sei zu vage,<sup>81</sup> lasse sich nicht pauschal festlegen<sup>82</sup> und sei kein Begriff, der sich befriedigend rationalisieren lasse.<sup>83</sup>

Noch weitergehend wird von radikalen Relativisten bestritten, daß es überhaupt so etwas wie unerträgliches Unrecht gibt und behauptet, daß Urteile über unerträgliches Unrecht, wie überhaupt Urteile über Unrecht, keinerlei kognitive und objektive Bedeutung haben. Sie machen geltend, daß solche Urteile bloße Stellungnahmen, Gefühlsausdrücke oder Überredungsversuche seien und versuchen sie als Geschmackssache einzustufen oder sie als reine Weltanschauungsangelegenheit und Interessenbekundung zu entlarven.<sup>84</sup> In dieser Reihe metaethischer Positionen lassen sich Thesen wie die Alasdair MacIntyres hinzufügen, wonach der Glaube an Menschenrechte sich nicht von dem Glauben an Hexen und Einhörner unterscheide.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> Hoerster, NJW 1986, 2480, 2482

<sup>80</sup> Apelt, DRZ 1946, 174

<sup>81</sup> Schumacher, S. 26

<sup>82</sup> z.B. Gropp, NJ 1996, 393, 397

<sup>83</sup> Schulz, S. 188

<sup>84</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 22

<sup>85</sup> MacIntyre, S. 69

Mit Recht distanziert sich die Radbruchsche Formel von einem radikalen Relativismus, da Urteile über extremes Unrecht echte Urteile sind, die einen kognitiven und objektiven Charakter haben und somit rational begründet werden können.<sup>86</sup> Als Beispiel für ein solches Urteil sei folgende im sog. Staatsangehörigkeitsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts enthaltene Feststellung angeführt, daß *„der Versuch, nach rassistischen Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten, ... mit Recht und Gerechtigkeit nichts gemein hat.“*<sup>87</sup>

Sicherlich ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, daß die Entscheidung ob unerträglichen Unrecht im Einzelfall vorliegt, Schwierigkeiten bereiten kann. Allerdings wird die Feststellung eines unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit dadurch erleichtert, daß diese Feststellung *im Wege der Falsifikation* erfolgt. Wie oben dargelegt,<sup>88</sup> können die Voraussetzungen der Radbruchschen Formel daher festgestellt werden ohne präzise Kenntnis dessen, was Gerechtigkeit und Recht ist.

### **c) Das Prinzipienargument**

Im Hinblick auf etwaige verbleibende Schwierigkeiten bei der Bestimmung unerträglichen Unrechts ist zu berücksichtigen, daß nach dem sogenannte Prinzipienargument in seiner strukturtheoretischen Version<sup>89</sup> die von Seiten des positivistischen Rechtsbegriffs angestrebte Trennung von Recht und Moral ohnehin nicht konsequent durchführbar ist. Dem Prinzipienargument in seiner strukturtheoretischen Version zufolge sind allen entwick-

---

<sup>86</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 23; vgl. ausführlich zur rationalen Begründbarkeit moralischer Urteile: Alexy, Konzeption, S. 11 ff.

<sup>87</sup> BVerfGE 23, 98, 106

<sup>88</sup> s.o. A.III. letzter Absatz

<sup>89</sup> Die strukturtheoretische Version des Prinzipienarguments hat vor allem Alexy auf der Grundlage von Dworkins Theorie ausgearbeitet (vgl. Dreier, Begriff des Rechts, S. 103); zur geltungstheoretischen Version des Prinzipienarguments vgl. Dworkin, S. 39 ff./dt. Übersetzung S. 81 ff.; diese Version ist aus der Sicht des Rechts der Bundesrepublik Deutschland insofern nicht geeignet, den positivistischen Rechtsbegriff zu widerlegen, als das Grundgesetz praktisch alle relevanten moralisch-politischen Basisprinzipien als Verfassungsprinzipien des positiven Rechts inkorporiert hat. Daher wird das Recht der Bun-

kelten Rechtssystemen Prinzipien immanent, die Kraft ihrer Struktur den positivistischen Rechtsbegriff sprengen.<sup>90</sup> Es besteht heute allgemeine Übereinstimmung, daß alles positive Recht, wie Hart sagt, einen „offenen Text“ hat,<sup>91</sup> d.h. Vagheitsspielräume und Normenkollisionen aufweist, die den Richter vor die Aufgabe stellen, Wertungen vorzunehmen, die im Kern wertorientierte Abwägungen sind.<sup>92</sup> Der positivistischen Theorie zufolge ermächtigt das positive Recht in diesem Bereich den Richter, auf außerrechtliche Maßstäbe, insbesondere solche der Moral zurückzugreifen.<sup>93</sup> Demgegenüber besagt das Prinzipienargument in seiner strukturtheoretischen Version, daß der Richter auch in den Ermessens- und Abwägungsbereichen rechtlich gebunden ist. Diese Bindung basiert auf einer notwendigen Verbindung zwischen Recht und Moral:

Nach Dworkin<sup>94</sup> und Alexy<sup>95</sup> kommen in den Ermessens- und Abwägungsbereichen Rechtsprinzipien zur Anwendung. Prinzipien sind Optimierungsgebote, die in unterschiedlichem Grade erfüllt sein können. Sie gebieten, daß ein Ziel oder Wert in einem möglichst hohen Maße realisiert wird.<sup>96</sup> Solche Prinzipien finden sich im Recht der Bundesrepublik beispielsweise in den sogenannten Staatszielbestimmungen, insbesondere in dem Rechtsstaats-, Demokratie- und Sozialstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) ebenso wie in den Grundrechtsbestimmungen, die dem Bundesverfassungsgericht zufolge als „wertentscheidende Grundsatznormen“ für alle Bereiche des Rechts Geltung beanspruchen und alle drei Staatsgewalten verpflichten, das tatsächlich und rechtlich größtmögliche Maß an Würdeschutz, Freiheit, und Gleichheit anzustreben (Art. 1-19, insbes. 1-3 GG). Die strukturtheoretische Version des Prinzipienarguments kann auf der Grundlage dieses Prinzipienbegriffs auch dahin formuliert werden, daß rechtlich geltende

---

desrepublik nicht von Prinzipien bestimmt, die außerhalb gesetzter positiver Normen liegen (vgl. R. Dreier, Begriff des Rechts, S. 106 f.).

<sup>90</sup> R. Dreier, Begriff des Rechts, S. 103

<sup>91</sup> Hart, Concept of Law, S. 124 ff./dt. Übersetzung, S. 173 ff.

<sup>92</sup> R. Dreier, Begriff des Rechts, S. 104

<sup>93</sup> vgl. Austins Formulierung (Austin, S. 338 ff.): „So far as the judge’s arbitrium extends, there is no law at all.“

<sup>94</sup> Dworkin, S. 22 ff./dt. Übersetzung, S. 54 ff.

<sup>95</sup> Alexy, Grundrechte, S. 71 ff.

<sup>96</sup> Alexy, Grundrechte, S. 75 ff.

Prinzipien kraft ihrer Struktur den positivistischen Rechtsbegriff sprengen, weil sie die approximative Realisierung eines moralischen Ideals zur Rechtspflicht machen.<sup>97</sup> Im Falle der Bundesrepublik Deutschland und ihr vergleichbarer Staaten ist dieses Ideal eine nach den Prinzipien der Menschenwürde, der Freiheit und der Gleichheit, der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Sozialstaatlichkeit gestaltete Rechts- und Staatsordnung. Die notwendige Verbindung von Recht und Moral ergibt sich daraus, daß die Verfassungen diese neuzeitlichen Hauptprinzipien der Rechts- und Staatsethik dem positiven Recht als rechtlich geltende Prinzipien inkorporiert haben und damit von Rechts wegen geboten ist, im Falle von Vagheiten und Normkollisionen das Recht soweit als möglich diesen Idealen anzunähern.

Da die mit der Interpretation und der Gewichtung der durchaus vagen und untereinander im Spannungsverhältnis stehenden Prinzipien verbundenen Probleme *Rechtsfragen und zugleich Moralfragen* sind, besteht eine notwendige Verbindung zwischen Recht und Moral.<sup>98</sup>

Die von den Vertretern des positivistischen Rechtsbegriffs angestrebte Trennung von Recht und Moral ist somit nicht konsequent durchführbar.

#### **d) Klarheit des Rechtsbegriffs**

In der Diskussion um den richtigen Rechtsbegriff wird vorgetragen, der Rechtspositivismus habe das Anliegen, den in der Sprachgemeinschaft vorgefundenen Rechtsbegriff unter wissenschaftlicher Zielsetzung so weit wie möglich zu klären und zu präzisieren, um ein begriffliches Instrumentarium zu schaffen, mit dessen Hilfe sich die anstehenden Sachprobleme in einer möglichst klaren und unzweideutigen Sprache erörtern lassen.<sup>99</sup> Diesem Ziel werde am ehesten ein Rechtsbegriff gerecht, der sich auf eine Normenordnung bezieht, die nicht durch die Übereinstimmung mit moralischen Forderungen charakterisiert ist, sondern, grob gesprochen, durch

---

<sup>97</sup> R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, S. 105

<sup>98</sup> wohl ebenso R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, S. 105

<sup>99</sup> Hoerster, *NJW* 1986, 2480, 2481

die Anwendung von physischem Zwang sowie durch eine innerhalb der betreffenden Gesellschaft vorhandene Wirksamkeit. Die Tatsache, daß bestimmte Normen zu einer wirksamen sozialen Zwangsordnung gehören, sei theoretisch wie praktisch gesehen so folgenreich, daß es sich unbedingt empfehle, diesen Umstand bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs zu berücksichtigen. Gerade der Umstand, ob eine Norm Bestandteil einer staatlichen Zwangsordnung sei, interessiere in einer Vielzahl von juristischen Kontexten. Als Beispiele werden angeführt: Theoretische Fragestellungen, wie sie den Rechtshistoriker, den Rechtsvergleicher oder den Rechtssoziologen interessieren. Aber auch Bürger oder Richter, die an der Frage interessiert sind, ob sie eine bestimmte Norm in ihrem Handeln letztlich – also auch unter Berücksichtigung des moralischen Aspektes – berücksichtigen sollen, seien zunächst daran interessiert, ob eine Verletzung der Norm den typischen staatlichen Sanktionen ausgesetzt ist und damit in einem moralneutralen Sinn eine Rechtsnorm darstellt. Beabsichtige etwa in der jüngeren Vergangenheit ein weißer Amerikaner mit seiner dunkelhäutigen Ehefrau Südafrika zu bereisen, sei für ihn die naturrechtliche Auskunft, die dortigen Apartheid-Normen seien wegen ihres eklatanten Verstoßes gegen die Menschenrechte kein gültiges Recht, wenig beruhigend. Insofern stifte die Behauptung der Radbruchschen Formel, daß gewisse Normen wegen ihrer moralischen Unhaltbarkeit nicht Recht sein können, Verwirrung.<sup>100</sup> Klarer sei es, in Fällen moralisch unhaltbarer Normen in der Sprache der Utilitaristen zu sagen, daß positive Gesetze Recht sein mögen, aber zu verwerfliches Recht, um Gehorsam zu verdienen. Letzteres sei eine moralische Verurteilung, die jeder verstehe und die unmittelbar und unübersehbar moralische Beachtung beanspruche. Werde der Protest aber in der Form geltend gemacht, die verwerflichen Normen seien kein Recht, so werde etwas behauptet, was viele Leute nicht glauben und das – wenn die betreffenden überhaupt bereit seien, darüber nachzudenken – eine ganze Fülle philosophischer Streitfragen auf den Plan rufen dürfte, bevor man ihn akzeptieren kann. Im Interesse einer klaren

---

<sup>100</sup> Hart, *Recht und Moral*, S.45 f.

Sprache, dürfe die moralische Kritik an Normen nicht als Thesen einer anfechtbaren Philosophie dargeboten werden.

Diesen Argumenten ist zunächst entgegenzuhalten, daß keineswegs einziges Gebot eines wissenschaftlichen Begriffs eine möglichst klare und unzweideutige Sprache ist. Weiteres Ziel einer Begriffsbildung ist zumindest die anstehenden Sachprobleme in einer befriedigenden Weise zu lösen und diese nicht nur in einer möglichst klaren und unzweideutigen Sprache zu erörtern.<sup>101</sup> Dies läßt sich an der Neufassung des Todesbegriffs in der modernen Medizin veranschaulichen. Die Medizin ist dazu übergegangen, den Tod nicht mehr als den sogenannten klinischen Tod (=Aussetzen von Herzschlag und Atmung), sondern als Hirntod zu definieren. Damit sollte keine begriffliche Klarheit geschaffen werden, sondern vermieden werden, daß der Arzt, der bei einem Hirntoten den Apparat abstellt, obwohl Herzschlag und Atmung des an die Herz-Lungen-Maschine angeschlossenen Patienten noch arbeiten, sich einer vorsätzlichen Tötung schuldig macht. Darüber hinaus ist bei der Frage nach dem richtigen Begriff des Rechts für die Rechtsanwendung nicht das Interesse von Rechtssoziologen, -historikern, -vergleichern und den Rechtsethnologen von Belang. Es liegt auf der Hand, daß es z.B. für Rechtshistoriker eine höchst unzweckmäßige Einengung seines Forschungsgebietes wäre, wenn in Anwendung der Radbruchschen Formel behauptet würde, das römische Sklavenrecht sei unerträgliches Unrecht und damit auch in historischer Hinsicht kein zu beachtendes Recht – insofern ist möglicherweise der positivistische Rechtsbegriff für außerhalb der Rechtswissenschaft liegende Gebiete der angemessenere.<sup>102</sup>

Im übrigen ist die These, die Radbruchsche Formel stifte unnötig Verwirrung, nicht haltbar. Die von Hart vorgeschlagene Alternative im Falle moralisch unhaltbarer Normen diesen lediglich den Gehorsam zu verweigern ohne ihnen gleichzeitig die Rechtsgeltung abzuspochen, ist sicherlich nicht weniger verwirrend und dürfte zumindest der Bevölkerung noch

---

<sup>101</sup> vgl. Ott, ZfSchR N.F. 107 (1988), 335, 343 f.

<sup>102</sup> vgl. Ott, ZfSchR N.F. 107 (1988), 335, 344

schwieriger vermittelbar sein. Ein durchschnittlich begabter Jurist dürfte ohnehin nicht überfordert sein, da die Rechtswissenschaft zweifellos komplexere Konstellationen kennt, als die mit der Radbruchschen Formel konzipierte Kollisionsregel.

### **e) Pragmatische Überlegungen**

Soweit ein Rechtspositivist einen moralneutralen Rechtsbegriff verwende, macht er nach rechtspositivistischer Auffassung keinerlei Aussagen darüber, ob das jeweils geltende Recht unter moralischen Aspekten Anwendung und Befolgung verdient.<sup>103</sup> Ein Rechtspositivist müsse keineswegs als Rechtsethiker, Politiker oder Bürger dieser Frage gleichgültig und neutral gegenüberstehen. Gerade weil der Rechtspositivist einen moralneutralen Rechtsbegriff verwendet, habe er allen Grund, gegenüber der Frage, ob das jeweils geltende Recht unter moralischen Aspekten Anwendung und Befolgung verdient, besonders sensibel zu sein. Im Gegensatz zu einem Befürworter der Radbruchschen Formel könne der Rechtspositivist, der seine moralische Bewertung „nicht unter dem Deckmantel einer Begriffsfestlegung vornimmt“ sich nicht so leicht wie sein Gegenspieler davor drücken, jene Moralprinzipien, die seiner Bewertung zugrundeliegen offenzulegen und freimütig zur Diskussion zu stellen.

Die Behauptung, ein moralneutraler Rechtsbegriff zwingt eher moralische Fragen zu diskutieren als ein moralbehafteter Rechtsbegriff, ist nicht nachvollziehbar. Eher noch verleitet ein moralneutraler Rechtsbegriff dazu, moralische Überlegungen erst gar nicht anzustellen, da sie für die Feststellung des geltenden Rechts nicht von Belang sind. Die Radbruchsche Formel dagegen zwingt bereits im Rahmen der Rechtsfindung zur Prüfung der Frage, ob unerträgliches Unrecht vorliegt, da dieser Gesichtspunkt die Wirksamkeit jeder Rechtsnorm begrenzt. Insbesondere bei der Rechtsfindung im Rahmen eines richterlichen Urteils erscheint es wenig nahelie-

---

<sup>103</sup> Hoerster, NJW 1986, 2480, 2481

gend, daß die oben genannte Befürchtung eintritt und ein Richter einer Norm die Geltung abspricht, ohne dies zu begründen und seine schwerwiegenden moralischen Bedenken darzulegen.

Darüber hinaus wird ein Richter in einem Unrechtsstaat psychologisch viel eher motiviert sein, einem unerträglich ungerechten Gesetz die Befolgung zu verweigern, wenn er sich zu einem solchen Verhalten – kraft eines moralbehafteten Rechtsbegriffs – auch rechtlich legitimiert sieht.<sup>104</sup> Deshalb sollten Richter unter Hinweis auf das juristische Schrifttum, nicht bloß aus moralphilosophischen und moraltheologischen Gründen, die Anwendung unmenschlicher Anordnungen verweigern dürfen. Schon allein aus diesem Grunde rechtfertigt es sich, von einem engeren Rechtsbegriff auszugehen, da dann die elementarsten Grundsätze der Gerechtigkeit auch Rechtsgrundsätze sind und damit in den Zuständigkeitsbereich der Gerichte fallen. Ein positivistischer Richter dagegen könnte die Anwendung eines Terrorgesetzes nicht unter Berufung auf juristische Gründe, sondern nur unter Berufung auf moralische Gründe verweigern.

Die Geltungsbegrenzung der Radbruchschen Formel zeigt sich in praktischer Hinsicht gegenüber einem bloßen Aufruf zur Gehorsamsverweigerung erst Recht in der Situation eines Richters überlegen, der nicht selbst Organ des Unrechtsstaates ist, sondern – wie in der Bundesrepublik nach dem Kriege und dem Untergang der DDR – nachträglich vor dem Dilemma steht, eine kraß unmenschliche Norm eines Unrechtsstaates anwenden zu müssen. Nur die Radbruchsche Formel ermöglicht dem Gericht, elementarste Grundsätze von Recht und Gerechtigkeit seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Eine Gehorsamsverweigerung erscheint in einer derartigen Situation wenig sinnvoll. Damit könnte allenfalls eine Entscheidung des Gesetzgebers provoziert werden. Dies würde jedoch darauf hinauslaufen, daß ein Richter in einem Rechtsstaat dazu aufgerufen wäre unter Verstoß gegen geltendes Prozeßrecht (das zumindest in der Bundesrepublik

---

<sup>104</sup> Ott, ZfSchR N.F. 107 (1988), 335, 346 f.

Deutschland keine Arbeitsverweigerung erlaubt) quasi in einen Streik zu treten. Letztlich zeigt sich, daß sich am effektivsten mit der Radbruchschen Formel die Aufrechterhaltung und Fortsetzung unerträglichen Unrechts bei aktueller Rechtsanwendung vermeiden läßt (Unrechtsargument)<sup>105</sup> und dieses Ergebnis auf positivistischem Wege ungleich schwieriger zu erreichen ist.

## **B. DIE RADBRUCHSCHE FORMEL IN DER STRAFRECHTSPRECHUNG DES BGH VOR ERLASS DER MAUERSCHÜTZENURTEILE**

Vom BGH in Strafsachen wurde die Radbruchsche Formel bereits im Zusammenhang mit der Aufarbeitung nationalsozialistischer Gewalttaten aufgegriffen. In den betreffenden Verfahren stellte sich die Frage, ob nationalsozialistische Gewalttäter durch nationalsozialistische Gesetze, Verordnungen oder Befehle gerechtfertigt waren. Zu den tragenden Entscheidungsgründen dieser Urteile gehört jeweils die Annahme, die staatlich angeordneten Verbrechen seien unter Anwendung der Radbruchschen Formel und wegen Mißachtung der „gemeinsamen Rechtsüberzeugungen aller Kulturvölker“ von Anfang an nichtig gewesen, so daß die jeweiligen NS-Täter nicht durch diese „Unrechtsvorschriften“ gedeckt waren:<sup>106</sup>

### **I. BGHSt 2, 234 ff. und BGHSt 3, 357 ff.**

Erstmals wurde vom BGH in Strafsachen die Radbruchsche Formel im sogenannten Deportationsurteil<sup>107</sup> angesprochen. Zwischen 1941 und 1945 hatten die Angeklagten als ehemalige Gestapoangehörige an mehreren Judenverschleppungen mitgewirkt. Sie stellten Listen der Opfer auf, bestellten Eisenbahnwagen, überprüften das Gepäck der Opfer oder beglei-

---

<sup>105</sup> s.o. A.V.1.

<sup>106</sup> vgl. Schumacher, S. 90 ff.

<sup>107</sup> BGHSt. 2, 234 ff.

teten die Transporte bis zum Zielbahnhof als Transportführer oder Reisebegleiter. Die Anklage lautet deshalb auf Beihilfe zur Freiheitsberaubung. Den Urteilsgründen des BGH zufolge enthielt die Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat „Obrigkeitsliche Anordnungen, die sich auch an die Angeklagten richteten,“ und zur Freiheitsberaubung ermächtigt.<sup>108</sup> In den Urteilsgründen bleibt offen, welche konkreten NS-Rechtssätze die Freiheitsberaubung bei Judenverschleppungen nach NS-Recht gerechtfertigt hätten und welche konkreten Rechtssätze hinsichtlich ihrer Geltung in Frage stehen. Trotzdem setzt sich der BGH in den Urteilsgründen mit der Frage der Geltung von NS-Normen ohne konkreten Bezug auf bestimmte Rechtssätze auseinander und geht schließlich von der Unwirksamkeit der nicht näher bezeichneten NS-Anordnungen aus. Der BGH begründet die Unwirksamkeit von NS-Normen mit dem Hinweis auf den *ordre public* der Naturvölker und knüpft so an die Rechtsprechung der Nürnberger Prozesse und des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone an.<sup>109</sup> Als weitere Gesichtspunkte zur Begründung der Unwirksamkeit wird außerdem die Verleugnungsthese aus der Radbruchschen Formel angesprochen. Die Geltungsthese des BGH lautet:

*„Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstreben, den Gedanken der Gleichheit bewußt verleugnen und die allen Kulturvölkern gemeinsamen Rechtsüberzeugungen, die sich auf den Wert und die Würde der menschlichen Persönlichkeit beziehen, deutlich mißachten, schaffen kein Recht, und ein ihnen entsprechendes Verhalten bleibt Unrecht.“<sup>110</sup>*

Vorgenannte Geltungsthese wurde ohne wesentliche Abweichung in einem weiteren Urteil des BGH<sup>111</sup> nochmals aufgegriffen. In diesem Verfahren ging es erneut um Judenverschleppungen im „Dritten Reich“.

---

<sup>108</sup> BGHSt, 2, 234, 236

<sup>109</sup> Kerkau, S. 59 ff.

<sup>110</sup> BGHSt 2, 234, 238 f.

<sup>111</sup> BGHSt 3, 357 ff.

Überhaupt nicht angesprochen wird der Grundsatz *nulla poena sine lege* nebst seinen spezifischen Problemstellungen. Nachdem die Angeklagten mit ihrem Verhalten immerhin einen staatlichem Befehl befolgten und dieser – zumindest *prima facie* – den Legalitätsanforderungen des „Dritten Reiches“ entsprach, hätte in diesem Zusammenhang zumindest die Frage erörtert werden müssen, ob auch eine abweichende Staatspraxis bzw. eine nur faktisch wirksame Norm als Rechtfertigungsgrund dem Nulla-poena-Prinzip entgegensteht.<sup>112</sup>

## **II. BGHSt 2, 173 ff.**

Weiter wurde die Radbruchsche Formel in der Entscheidung BGHSt 2, 173 ff. rezipiert, in der es um die Verurteilung eines ehemaligen SS-Standartenführers, der an einem von Hitler angeordneten Standgerichtsverfahren gegen mehrere Teilnehmer an der Verschwörung vom 20.7.1944 als Vertreter der Anklage mitgewirkt hatte, wegen Beihilfe zum Mord ging. Auch in dieser Entscheidung steht die Geltung von NS-Normen (Erlaß des Standgerichtsverfahrens durch Hitler) in Frage. Im wesentlichen prüft und verneint der BGH anhand der im Deportationsurteil entwickelten Kriterien die Geltung des Standgerichtserlasses.

## **C. BGH-URTEILE ZU DEN MAUERSCHÜTZENFÄLLEN**

Mit dem Zusammenbruch der ehemaligen DDR stellte sich nach der NS-Vergangenheit in diesem Jahrhundert für die deutsche Justiz zum zweiten Mal das Problem der strafrechtlichen Bewältigung einer nicht-rechtsstaatlichen Vergangenheit. Im Zuge der sogenannten Mauerschützenurteile des BGH in Strafsachen wurde erneut die Radbruchsche Formel aufgegriffen.

---

<sup>112</sup> vgl. Schumacher, S. 100

Bei den Angeklagten in den Mauerschützen-Fällen handelte es sich um DDR-Grenzsoldaten, die an der Berliner Mauer oder an anderen Stellen der innerdeutschen Grenze mit Körperverletzungsvorsatz oder Tötungsvorsatz auf Personen schossen, die diese Grenze in Richtung BRD zu überwinden suchten, also in der Terminologie der DDR „Republikflucht“ begingen und sich des Verbrechens des ungesetzlichen Grenzübertritts gem. § 213 DDR-StGB strafbar machten. Insgesamt wurden über 200 Personen an der innerdeutschen Grenze erschossen, wobei davon auszugehen ist, daß ein erhebliches Dunkelfeld besteht und die Zahl der tatsächlichen Opfer wesentlich höher liegt.<sup>113</sup>

Entscheidend war letztlich, ob die Mauerschüsse durch einschlägige Bestimmungen des DDR-Rechts gerechtfertigt waren. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage nach der Auslegung sowie der Anwendbarkeit der betreffenden Rechtfertigungsvorschriften u.a. im Hinblick auf die Radbruchsche Formel.

Bevor sich der BGH mit dieser Rechtfertigungsproblematik - erstmals in seinem Urteil vom 03.11.1992<sup>114</sup> - näher auseinandersetzen konnte, war zu klären, ob bereits völkerrechtliche Normen einer Bestrafung der Mauerschützen entgegenstehen oder diese fordern und wie das Strafanwendungsrecht in Bezug auf DDR-Straftaten zu bestimmen ist. Diese „Vorfragen“ werden im folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt:

---

<sup>113</sup> Limbach, DtZ 1993, 66, 67; nach Schaeffgen (NJ 2000, 1, 4) sind an der innerdeutschen Grenze 264 Menschen getötet und mehrere hundert Menschen z.T. schwer verletzt worden. Die „Arbeitsgemeinschaft 13. August“ spricht von 938 Todesopfern (vgl. Marxen/Werle, S. 8).

<sup>114</sup> BGHSt 39, 1 ff.; im folgenden zitiert nach BGH NJW 1993, 141 ff.

## **I. Vorfragen zur Rechtfertigungsproblematik**

### **1. Völkerrechtliche Verfahrenshindernisse**

#### **a) „Act of state doctrine“**

Der BGH zog zunächst in Erwägung, ein völkerrechtliches Verfahrenshindernis aus der „act of state doctrine“ herzuleiten, da die Mauerschützen als Funktionsträger im Auftrag und Interesse eines anderen Staates gehandelt hatten.<sup>115</sup> Die in den Staaten des angelsächsischen Rechtskreises in unterschiedlicher Weise formulierte Doktrin ist nach allgemeiner Ansicht keine allgemeine Regel des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 GG und betrifft nur die Auslegung innerstaatlichen Rechtes bezüglich der Frage, ob und in welchem Maße von der Wirksamkeit der Akte fremder Staaten auszugehen ist.<sup>116</sup> Weder die kontinentaleuropäische noch die deutsche Rechtspraxis greift auf diese Doktrin zurück.<sup>117</sup> Des Weiteren wurde im Einigungsvertrag nicht vereinbart, daß der Staatstätigkeit der DDR zuzuordnende Akte der Nachprüfung durch Gerichte der BRD entzogen sein sollen. Vielmehr ist gem. Art. 18 und 19 Einigungsvertrag<sup>118</sup> bestimmt, daß Entscheidungen der Gerichte und der Verwaltung der DDR zwar grundsätzlich wirksam bleiben, jedoch aufgehoben werden können, wenn sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren sind. Daher war aus der „act of state doctrine“ kein Verfahrenshindernis herzuleiten.<sup>119</sup>

#### **b) Grundsatz der Staatenimmunität**

Weiter ging der BGH darauf ein, ob die Gerichte der BRD mit Rücksicht auf die Immunität fremder Staaten und ihrer Repräsentanten keine Gerichts-

---

<sup>115</sup> BGH NJW 1993, 141, 142

<sup>116</sup> Ipsen, S. 330, 364; Verdross/Simma, S. 775; Dahm/Delbrück/Wolfrum, S. 487; Kimminich, S. 316

<sup>117</sup> Dahm/Delbrück/Wolfrum, S. 490 f

<sup>118</sup> Einigungsvertrag vom 31.08.1990, BGBl. 1990 II, 885 ff.

<sup>119</sup> BGH NJW 1993, 141, 142

barkeit ausüben dürfen.<sup>120</sup> Immerhin war die DDR vom Bundesverfassungsgericht als Völkerrechtssubjekt anerkannt worden.<sup>121</sup> Das Prinzip der Staatenimmunität beruht auf dem Grundsatz völkerrechtlicher Gleichheit und schließt eine Privilegierung oder Vormachtstellung eines Staates über einen anderen aus.<sup>122</sup> Die Staatenimmunität beinhaltet das Recht eines Staates, nicht der Zwangsgewalt eines anderen Staates und damit auch nicht dessen Gerichtsbarkeit über die für den anderen Staat fremden Hoheitsakte unterworfen zu werden.<sup>123</sup> Das Eingreifen des Grundsatzes der Staatenimmunität würde sich auch zugunsten der Exekutivorgane der DDR als völkerrechtliches Verfahrenshindernis auswirken.<sup>124</sup> Nachdem die DDR jedoch durch ihren einverständlichen Beitritt zum Geltungsbereich des Grundgesetzes Bestandteil der BRD wurde, verlor die DDR ihre Qualität als Staats- und Völkerrechtssubjekt. Mit dieser einverständlichen Eingliederung hat sich die DDR auch der Gerichtsbarkeit der BRD unterworfen, so daß diese nunmehr für die Beurteilung des hoheitlichen Handelns der DDR und ihrer Exekutivorgane zuständig ist.<sup>125</sup> Der BGH<sup>126</sup> hat daher zurecht die Beachtlichkeit der Staatenimmunität als völkerrechtliches Verfahrenshindernis abgelehnt.<sup>127</sup>

## **2. Völkerstrafrecht - Verbrechen gegen die Menschlichkeit**

Nicht angesprochen wurde vom BGH die Frage, ob unmittelbar geltendes Völkerstrafrecht ohne Rücksicht auf innerstaatliches Strafrecht eine Bestrafung der Mauerschützen fordert. Die Frage nach der Strafbarkeit der Mauerschützen als staatliches Systemunrecht wäre obsolet, wenn Völkerrecht eindeutig illegitimes Systemunrecht für illegal erklären und damit

---

<sup>120</sup> BGH NJW 1993, 141, 142

<sup>121</sup> BVerfGE 36, 1, 22

<sup>122</sup> Ipsen, S. 334; Verdross/Simma, S. 763;

<sup>123</sup> Arnold/M. Kühl, JuS 1992, 991, 992

<sup>124</sup> Ipsen, S. 339; Dahm/Wolfrum, S. 453; Verdross/Simma, S. 773

<sup>125</sup> Arnold/M. Kühl, JuS 1992, 991, 992; Seidl-Hohenveldern/Stein, Rdn. 1466

<sup>126</sup> BGH NJW 1993, 141, 142

<sup>127</sup> Arnold/M. Kühl, JuS 1992, 991, 992; Dannecker, Jura 1994, 585, 587; ausführlich Rosenau, S. 86 ff.

seine strafrechtliche Verfolgbarkeit begründen könnte.<sup>128</sup> In Betracht käme insofern ein Verstoß gegen den Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. In Art 6 c des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofes vom 08.08.1945<sup>129</sup> wurde das Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie folgt definiert:

*„Mord, Ausrottung, Versklavung, Deportation oder andere unmenschliche Handlungen, begangen an irgendeiner Zivilbevölkerung vor oder während des Krieges, Verfolgung aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen, begangen in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist, und zwar unabhängig davon, ob die Handlung gegen das Recht des Landes verstieß, indem sie begangen wurde, oder nicht.“*

Unabhängig davon, ob sich auf völkerrechtlicher Ebene dieser Tatbestand gewohnheitsrechtlich nachweisen läßt,<sup>130</sup> läßt sich der Schußwaffeneinsatz nach allgemeiner Ansicht nicht als Verbrechen gegen die Menschlichkeit einordnen.<sup>131</sup> Der besondere Unrechtsgehalt dieses Verbrechens wird darin gesehen, daß es im Rahmen einer staatlich propagierten Gruppenverfolgung verübt wird und auf eine Entwürdigung der verfolgten Personen abzielt; im Falle des Schießens auf die Flüchtlinge war beides nicht gegeben.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Lampe, ZStW 106 (1994), 683, 711.

<sup>129</sup> abgedruckt in AJIL (= The American Journal of International Law) 39 (1945), Suppl. (= Supplement of Documents) 258, 259 f.; dt. Übersetzung Ibsen, S. 580

<sup>130</sup> vgl. ausführlich hierzu Buchner, S. 237 ff.

<sup>131</sup> Pawlik GA 1994, 472, 473; Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 181; Ott, NJ 1993, 337, 339 f. mit weiteren Nachweisen; ebenfalls ablehnend - allerdings ausgehend von der in § 91 StGB enger normierten Fassung des Verbrechens gegen die Menschlichkeit Dannecker Jura 1994, 585, 591; Rosenau, S. 101 f.

<sup>132</sup> Pawlik S. 473; Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 181 mit weiteren Nachweisen

### **3. Strafanwendungsrecht**

Weiter hatte der BGH die Bestimmung der auf die Mauerschützen anzuwendenden strafrechtlichen Regelungen zu klären.<sup>133</sup> Da die Diskussion hierzu als weitgehend geführt gelten kann,<sup>134</sup> ist eine umfassende Darstellung nicht erforderlich und ein kurzer Abriß der Diskussion ausreichend:<sup>135</sup>

#### **a) § 315 Abs. 1 EGStGB**

Der Einigungsvertrag legte fest, daß das in der DDR begangene Unrecht im wiedervereinten Deutschland strafrechtlich aufgearbeitet werden soll.<sup>136</sup>

Nach dem mit dem Einigungsvertrag eingeführten Art. 315 Abs. 1 EGStGB findet auf Taten, die in der DDR vor deren Beitritt zur Bundesrepublik begangen wurden § 2 StGB Anwendung.

Soweit die Tat strafbar war, kommt es gem. § 2 Abs. 3 StGB darauf an, ob das Recht der ehemaligen DDR oder das der Bundesrepublik das mildere Gesetz enthält; d.h. die dem Täter günstigste Vorschrift ist auf die Tat anzuwenden.<sup>137</sup> Art. 315 Abs. 1 EGStGB schafft somit i.V.m. § 2 StGB eine Art „Meistbegünstigungsklausel“ für Bewohner der ehemaligen DDR.<sup>138</sup>

Mit dieser Regelung sollte der Anwendungsbereich der Strafgesetze so ausgestaltet werden, daß dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG Rechnung getragen wird.<sup>139</sup>

Nach dieser Regel verfährt der BGH in den Mauerschützenfällen.<sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> BGH NJW 1993, 141, 142 f

<sup>134</sup> Gropp, NJ 1996, 393, 394

<sup>135</sup> ausführlich Buchner, S. 49 ff.; Rosenau, S. 90 ff.

<sup>136</sup> Einigungsvertrag vom 31.08.1990, BGBl. 1990 II, 885 ff.; Dannecker, Jura 1994, 585, 587; Lorenz, JZ 1994, 388, 392; im Ergebnis ebenso Schroeder, NJW 2000, 3017, 3018

<sup>137</sup> Dannecker, Jura 1994, 585, 587; Laskowski, JA 1994, 151, 155; Amelung, JuS 1993, 637

<sup>138</sup> Amelung, JuS 1993, 637

<sup>139</sup> Rosenau, S. 92; Amelung, JuS 1993, 637

<sup>140</sup> BGH NJW 1993, 141, 142; fast alle übrigen Mauerschützenurteile nehmen diesbezüglich auf dieses 1. Grundsatzurteil Bezug

## b) § 315 Abs. 4 EGStGB

Damit lehnt der BGH eine verbreitete Ansicht ab, die auf vorliegende Fälle grundsätzlich Art. 315 Abs. 4 EGStGB anwenden will.<sup>141</sup> Gem. Art. 315 Abs. 4 EGStGB bleibt es bei der Anwendung des Strafrechts der Bundesrepublik, wenn dieses auf eine in der DDR begangene Tat auch schon vor der Wiedervereinigung hätte Anwendung finden müssen. Das ist bei Auslandstaten der Fall, wenn diese nach dem „internationalen Strafrecht“ (§§ 5-7 StGB) der Bundesrepublik schon immer nach bundesrepublikanischem Strafrecht zu beurteilen waren. Die Vertreter dieser Auffassung greifen auf § 7 Abs. 1 StGB zurück. Das Strafrecht der Bundesrepublik gilt nach dieser Vorschrift für Taten, die im Ausland begangen wurden, wenn die Tat sich gegen einen Deutschen richtete und am Tatort mit Strafe bedroht war oder der Tatort keiner Strafgewalt unterlag. Mit dieser Vorschrift sollen Deutsche auch im Ausland nach den Regeln des Strafrechts der Bundesrepublik Deutschland geschützt werden. Im Rahmen des § 7 Abs. 1 StGB findet eine „strafrechtliche Meistbegünstigung“ wie sie sich aus Art. 315 Abs. 1 EGStGB ergibt nicht statt. Die Befürworter der Anwendung von Art. 315 Abs. 4 EGStGB i.V.m. § 7 Abs. 1 StGB begründen ihre Auffassung damit, daß die DDR spätestens seit dem sog. Grundlagenvertrag<sup>142</sup> zwischen der BRD und der DDR strafrechtlich als „Ausland“ anzusehen sei. Dagegen seien die Bewohner der DDR stets „Deutsche“ geblieben, weil die Bundesrepublik beim Abschluß des Grundlagenvertrags daran festgehalten habe, daß auch solche Personen deutsche Staatsangehörige seien. Außerdem seien die DDR-Bürger zumindest über § 7 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. StGB als „Deutsche“ zu behandeln, weil sie als Täter mit der Wiedervereinigung nach der Tat „Deutsche“ geworden seien.

Der BGH hat sich bereits vor der Wiedervereinigung gegen die Anwendung des § 7 Abs. 1 StGB ausgesprochen. Da sich die Ordnungsfunktion der bundesdeutschen Staatsgewalt auf das eigene Staatsgebiet beschränke,

---

<sup>141</sup> Hruschka, JZ 1992, 665, 668 ff.; Küpper-Wilms, ZRP 1992, 91, 92 ff.; Oehler, JZ 1984, 948, 949; Liebig, NStZ 1991, 372, 373 f.

<sup>142</sup> Grundlagenvertrag vom 21.12.1972; BGBl. 1973 II, 421

müsse das Gebiet der DDR entsprechend den Grundsätzen des internationalen Strafrechts als Ausland behandelt werden.<sup>143</sup> Zurecht hat der BGH<sup>144</sup> in seinem ersten Mauerschützenurteil darauf hingewiesen, daß dem Gesetzgeber bei Abschluß des Einigungsvertrages diese Rechtsprechung bekannt war, als er mit der Neufassung des Art. 315 in das System des Rechtsanwendungsrechts eingriff. Würde man nunmehr im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich § 7 StGB über Art. 315 Abs. 4 EGStGB anwenden, wäre der Einigungsvertrag verfälscht. Für Art. 315 Abs. 1 EGStGB bliebe kaum noch ein Anwendungsbereich, weil über den Ausnahmetatbestand des Art. 315 Abs. 4 EGStGB i.V.m. § 7 StGB in nahezu allen Fällen bundesdeutsches Strafrecht zur Anwendung käme.<sup>145</sup> Nach zutreffender Auffassung verbleiben daher als Anwendungsbereich des Art. 315 Abs. 4 EGStGB für den Schußwaffengebrauch im Grenzgebiet die wenigen Fälle, in denen der Tod oder die Körperverletzung als tatbestandsmäßiger Erfolg auf bundesdeutschem Gebiet eintrat und damit nach § 9 Abs. 1 StGB eine Inlandstat vorlag.<sup>146</sup>

### **c) Zwischenergebnis Strafanwendungsrecht**

In allen anderen Fällen, die die Regel ausmachten, hängt die Strafbarkeit - wie vom BGH in seinem ersten Mauerschützenurteil zutreffend festgestellt<sup>147</sup> - vom früheren Recht der DDR ab. Das Recht der DDR ist mit dem bundesdeutschen Recht zu vergleichen. Nur sofern nicht in der DDR eine mildere Regelung galt bzw. die betreffende Tat nicht sogar straffrei war, gilt das StGB (Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB).

Der BGH mußte daher klären, ob das Recht der Bundesrepublik Deutschland für die Mauerschützen günstiger war, indem er die Schüsse an der

---

<sup>143</sup> BGHSt 30, 1, 5; 32, 293, 295 ff.; 40, 125, 129

<sup>144</sup> BGH NJW 1993, 141, 143

<sup>145</sup> Grünwald, StV 1991, 31, 35; Kühlen/Gramminger, JuS 1993, 32, 35

<sup>146</sup> Tröndle in Tröndle-Fischer, vor § 3 Rn. 40; Schönke-Schröder-Eser, Vorbem. §§ 3-7 Rdn. 87; bei letzterem werden noch weitere praktisch kaum relevante Fallkonstellationen bezeichnet, in denen Art. 314 Abs. 4 EGStGB nach der hier vertretenen Auffassung bei Schüssen im Grenzgebiet Anwendung findet.

<sup>147</sup> BGH NJW 1993, 141, 142 f.

innerdeutschen Grenze sowohl nach dem Recht der Bundesrepublik als auch nach dem zur Tatzeit geltenden Recht der DDR bestimmte und miteinander verglich. Da eine Strafbarkeit von Tötungsdelikten in beiden Teilen Deutschlands bestand, wäre das Recht der ehemaligen DDR das mildere Recht, wenn der Schußwaffengebrauch nach dem Recht der DDR gerechtfertigt gewesen wäre.

Nach § 27 Abs. 2 S. 1 DDR-GrenzG<sup>148</sup> war die *„Anwendung der Schußwaffe gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt.“*

Damit läuft in den Mauerschützen-Verfahren alles auf die entscheidende Frage zu, ob die Todesschützen durch § 27 DDR-GrenzG<sup>149</sup> gerechtfertigt und daher freizusprechen waren.

Hierzu werden zunächst die im Hinblick auf die Rechtfertigungsproblematik maßgeblichen Inhalte der Mauerschützenurteile des BGH zusammenfassend dargestellt:

---

<sup>148</sup> DDR-GBl., 1982 I, 197, 201

<sup>149</sup> für Todesschüsse *vor Inkrafttreten des § 27 DDR-GrenzG* vom 25.03.1982 ermächtigten die §§ 17, 20 III VoPoG vom 11.06.1968 (DDR-GBl. I, 1968, 237) die Angehörigen der Nationalen Volksarmee zum Schußwaffengebrauch, vgl. BGH NJW 1994, 2708, 2709; für die Zeit *vor Inkrafttreten des VoPoG* vom 11.06.1968 kamen nur innerdienstliche Vorschriften („Schießbefehle“) des damals zuständigen Innenministers in Frage; vgl. BGH NJW 1994, 2708, 2709 u. BGH NJ 1995, 539. Ausgehend davon, daß in der DDR die Gewaltenteilung faktisch in den Hintergrund getreten und der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff aufgelöst worden war, ging der BGH davon aus, daß letztlich nach damals geltendem DDR-Recht - trotz des in Art. 10 Abs. 3 S. 2 DDR-Verfassung vorgesehenen (förmlichen) Gesetzesvorbehalts für die Einschränkung der dort verbrieften Auswanderungsfreiheit - in Befehlen und Dienstvorschriften ein möglicher Rechtfertigungsgrund zu sehen ist (vgl. BGH NJ 1995, 539). Selbst die Annahme, die Schußwaffengebrauchsbestimmungen hätten gegen die Verfassung der DDR verstoßen, hätte allein deshalb nicht deren Nichtigkeit zur Folge. Die betreffenden Bestimmungen wären unabhängig davon rechtswirksam, da nicht entsprechend der Regelung des Art. 89 Abs. 3 S. 2 DDR-Verfassung die Volkskammer über die Frage der Verfassungswidrigkeit entschieden hatte (vgl. ausführlich Rosenau, S. 172).

Aber auch dann, wenn man aus anderen Gründen zur Auffassung gelangt, die DDR habe erstmals 1982 mit § 27 DDR-GrenzG wirksame Schußwaffenvorschriften für die Grenztruppen erlassen, wären die vor Erlass von § 27 DDR-GrenzG erfolgten Mauerschüsse aufgrund des Meistbegünstigungsprinzips nach § 2 Abs. 1 und 3 StGB wie diejenigen nach Erlass von § 27 DDR-GrenzG zu beurteilen. Danach muß der Täter auch straflos bleiben, wenn die Tat zur Begehungs- und Urteilszeit strafbar ist, aber zwischenzeitlich einmal von Strafe freigestellt war (vgl. ausführlich Buchner, S. 169 f.).

## **II. Rechtfertigung der Mauerschützen – Die Mauerschützenurteile des BGH**

### **1. BGHSt 39, 1 ff.<sup>150</sup> (Urteil v. 03.11.1992)**

Ein 20jähriger versuchte in der Nacht zum 01.12.1984 die Grenzanlagen in Berlin mit einer 4 m langen Leiter zu überwinden. Nachdem die beiden angeklagten Grenzposten den 20jährigen von ihrem Wachturm aus entdeckt hatten, forderten sie diesen auf stehen zu bleiben. Trotz Warnschüssen lief der 20jährige weiter. Als der 20jährige die Grenzmauer erreicht hatte und sich anschickte diese mit seiner Leiter zu besteigen, war den Angeklagten klar, daß sie die Flucht nur noch mit gezielten Schüssen verhindern konnten. Sie schossen daher mit Dauerfeuer auf die Beine des 20jährigen wohlwissend, daß wegen des Dauerfeuers die Möglichkeit eines tödlichen Treffers bestand. Das Opfer wurden tödlich getroffen.

#### **a) Anwendung des § 27 DDR-GrenzG in der Staatspraxis der DDR**

In seinem ersten Mauerschützenurteil prüft der BGH, ob überhaupt zum jeweiligen Tatzeitpunkt die Todesschüsse durch § 27 DDR-GrenzG, so wie er in der Staatspraxis der DDR angewendet und verstanden wurde, gerechtfertigt waren:<sup>151</sup>

Hierzu stellt der BGH fest, daß § 27 DDR-GrenzG seinem Wortsinn nach eine Auslegung zuläßt, derzufolge das Verhalten der Grenzsoldaten gerechtfertigt war. Der ohne behördliche Erlaubnis beabsichtigte Grenzübertritt habe als unmittelbar bevorstehendes Verbrechen gem. § 213 Abs. 3 DDR-StGB<sup>152</sup> durch Anwendung der Schußwaffe „verhindert“ werden sol-

---

<sup>150</sup> wird weiterhin nach BGH NJW 1993, 141 ff. zitiert

<sup>151</sup> BGH NJW 1993, 141, 143 f.

<sup>152</sup> in der Fassung des 3. StrÄndG v. 28. Juni 1979, DDR-GBl. I, 1979, 139. Ein ungesetzlicher Grenzübertritt/Republikflucht (§ 213 StGB-DDR) wurde nach DDR-Recht regelmäßig als Verbrechen angesehen; vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 11; Kuhlen/Gramminger JuS 1993, 32, 36

len. Nach § 27 Abs. 5 DDR-GrenzG sei das Leben anderer „nach Möglichkeit“ d.h. gerade nicht in jedem Fall zu schonen gewesen.

Die DDR-Staatspraxis habe in Konfliktfällen zwischen der Vorgabe menschliches Leben zu schonen und gleichzeitig Grenzübertritte zu verhindern, der Fluchtverhinderung den Vorrang eingeräumt. Dementsprechend habe die Befehlslage zur Vereitelung der Flucht („Grenzdurchbrüche sind auf keinen Fall zuzulassen; Grenzverletzer sind zu stellen oder zu vernichten“) auch die bewußte Tötung des Flüchtenden eingeschlossen.

Gemäß „realsozialistischer“ Auslegung hätten keine Zweifel an einer Rechtfertigung der Todesschüsse durch § 27 DDR-GrenzG bestehen können. Die jeweiligen Mauerschützen hätten niemals negative Folgen zu befürchten gehabt, sondern wurden vielmehr belobigt und ausgezeichnet. Gerichte, Staatsanwaltschaften oder andere staatliche Instanzen der DDR haben niemals beanstandet, der an der Grenze praktizierte Schußwaffengebrauch überschreite die in § 27 DDR-GrenzG gesteckten Grenzen.

Nach alledem habe das Verhalten der Angeklagten der rechtfertigenden Vorschrift des § 27 DDR-GrenzG, so wie sie in der Staatspraxis angewendet wurde entsprochen.<sup>153</sup>

## **b) Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel**

Dann prüft der BGH, ob § 27 DDR-GrenzG so wie er in der Staatspraxis der DDR verstanden und angewandt wurde „wegen Verletzung auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzips außer Betracht bleiben muß.“<sup>154</sup>

In diesem Zusammenhang spricht der BGH zunächst die Radbruchsche Formel an und gibt zu bedenken, daß die Schüsse an der innerdeutschen Grenze mit dem NS-Massenmord nicht gleichzusetzen seien, eine Übertra-

---

<sup>153</sup> BGH NJW 1993, 141, 143 f.

<sup>154</sup> BGH NJW 1993, 141, 144

gung dieser für nationalsozialistische Gewalttaten entwickelten Formel auf den vorliegenden Fall „nicht einfach ist“ und heute „konkretere Prüfungsmaßstäbe“ hinzugekommen seien.<sup>155</sup>

### **c) Verstoß gegen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)**

Ohne im folgenden weiter auf die Radbruchsche Formel einzugehen wird ein Verstoß von § 27 DDR-GrenzG gegen den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPBPR)<sup>156</sup> geprüft, den die DDR am 08.11.1974 hinterlegte und der am 23.03.1976 in Kraft trat. Dabei kommt der BGH zu dem Ergebnis § 27 DDR-GrenzG habe in seiner praktischen Handhabung insbesondere gegen Art.6 IPBPR (Recht auf Leben) und Art. 12 IPBPR (Ausreisefreiheit) verstoßen. Damit sei höherrangiges, von der DDR übernommenes Völkerrecht verletzt, weshalb § 27 Abs. 2 DDR-GrenzG schon zu DDR-Zeiten als Rechtfertigungsgrund „keine Wirksamkeit gehabt“ habe.<sup>157</sup>

### **d) Menschenrechtsfreundliche Auslegung**

Sodann geht der BGH der Frage nach, ob § 27 DDR-GrenzG mit Auslegungsmethoden, „die dem Recht der DDR eigentümlich waren“, so ausgelegt hätte werden können, daß dieser nicht gegen den IPBPR verstoßen hätte.<sup>158</sup> Nach Auffassung des BGH seien bei der Auslegung des § 27 DDR-GrenzG insbesondere Art. 6 und 12 IPBPR zu berücksichtigen; diese an Art. 6 und 12 orientierte Auslegung des § 27 DDR-GrenzG lasse sich auf Art. 30 Abs. 2 S. 2 DDR-Verfassung stützen, der einen „im Verfassungsrecht der Bundesrepublik als Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezeichneten Gesichtspunkt zum Ausdruck gebracht“ habe.<sup>159</sup> Der BGH gelangt so

---

<sup>155</sup> BGH NJW 1993, 141, 144 f.

<sup>156</sup> BGBl. 1973 II, 1534

<sup>157</sup> BGH NJW 1993, 141, 145 f.

<sup>158</sup> BGH NJW 1993, 141, 146

<sup>159</sup> BGH NJW 1993, 141, 146 f.

zu dem 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 DDR-GrenzG habe eine Auslegung gestattet, die auch dem im Recht der DDR eingeschränkt vorhandenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen hätte. Die mit bedingtem Tötungsvorsatz abgegebenen Schüsse auf unbewaffnete und auch sonst nicht für Leib und Leben anderer gefährlichen Flüchtlinge seien von dem in menschenrechtsfreundlicher Weise ausgelegten § 27 DDR-GrenzG nicht gedeckt. Die Angeklagten hätten deshalb auch nach dem Recht der DDR einen rechtswidrigen Totschlag begangen.<sup>160</sup>

#### **e) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG**

Der BGH geht stillschweigend davon aus, daß auch Rechtfertigungsgründe dem Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG unterliegen.<sup>161</sup> Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG liegt nach Ansicht des BGH jedoch nicht vor, weil die Verurteilung lediglich auf dem richtig interpretierten Recht der DDR beruhe und ein Vertrauen auf die abweichende Staatspraxis in der DDR nicht schutzwürdig sei.<sup>162</sup>

Somit stand nach Auffassung des BGH Art. 103 Abs. 2 GG einer Bestrafung nicht entgegen.

#### **f) Schuld**

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß der BGH im übrigen die Auffassung vertrat, die Grenzsoldaten seien auch nicht entschuldigt (§ 5 Abs. 1 WStG, § 258 Abs. 1 DDR-StGB):<sup>163</sup> Die Tötung eines unbewaffneten

---

<sup>160</sup> BGH NJW 1993, 141, 147

<sup>161</sup> BGH NJW 1993, 141, 147

<sup>162</sup> BGH NJW 1993, 141, 147 f.

<sup>163</sup> Nachdem im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der DDR übereinstimmenden Vorschriften über die strafrechtliche Bedeutung militärischer Befehle (§ 5 Abs. 1 WStG, § 258 Abs. 1 StGB-DDR) handelt derjenige, der einen militärischen Befehl gehorchte, nur

Flüchtlings sei unter den gegebenen Umständen ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun, daß der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig, also offensichtlich gewesen sei.<sup>164</sup>

Nachdem der BGH davon ausging, daß die Grenzsoldaten nicht wegen Handelns auf Befehl entschuldigt waren, stellte sich die Frage, ob ein Verbotsirrtum vorlag, weil die Soldaten geglaubt haben, auch ein rechtswidriger Befehl sei verbindlich. Einen Verbotsirrtum hielt der BGH jedoch für vermeidbar; unter gehöriger Anspannung des Gewissens hätte der Schütze das Unrecht der Tat erkennen können, da das Leben das höchste aller Rechtsgüter sei.<sup>165</sup>

## **2. BGH NStZ 1993, 488 f (Urteil v. 08.06.1993)**

Mit der Entscheidung BGH NStZ 1993, 488 hat der BGH den Freispruch eines Mauerschützen vom Vorwurf der Körperverletzung bestätigt. Der Angeklagte hatte einem Flüchtling vorsätzlich ins Bein geschossen, nachdem dieser trotz Warnrufen seinen Fluchtversuch fortgesetzt hatte.

Der BGH ließ dahingestellt, ob die vorsätzliche Körperverletzung gerechtfertigt war, da der Angeklagte jedenfalls entschuldigt sei: Da bei Ausführung rechtswidriger Befehle der Untergebene nur dann schuldhaft handelt, wenn der Befehl offensichtlich gegen das Strafrecht verstieß, (§ 5 Abs. 1 WStG, § 258 Abs. 1 StGB-DDR) sei der Angeklagte vorliegend mangels Offensichtlichkeit des Strafrechtsverstoß entschuldigt. Der Strafrechtsverstoß sei nur offensichtlich, wenn er jenseits aller Zweifel auf der Hand liege; eine Prüfungspflicht obliege dem Soldaten nicht. Im Gegensatz zu dem ersten Mauerschützenfall, dem eine vorsätzlichen Tötung an der Berliner Mauer zugrunde lag,<sup>166</sup> habe bei der hier in Rede stehenden vorsätz-

---

dann ohne Schuld, wenn nach den ihm bekannten Umständen nicht offensichtlich war, daß das befohlene Verhalten gegen das Strafrecht verstieß

<sup>164</sup> BGH NJW 1993, 141, 149

<sup>165</sup> BGH NJW 1993, 141, 149

<sup>166</sup> BGHSt 39, 1 ff.; s.o. C.II.1.

lichen Körperverletzung aus Sicht eines Grenzsoldaten kein offensichtlicher Strafrechtsverstoß vorgelegen.

**3. BGHSt 39, 353 ff. (Urteil v. 20.10.1993); BGHSt 40, 48 ff. (Urteil v. 18.01.1994)**

Beide Entscheidungen weisen die Besonderheit auf, daß der BGH eine Strafbarkeit der jeweiligen Grenzsoldaten unabhängig von den im ersten Grundsatzurteil<sup>167</sup> erörterten Rechtfertigungs- und Rückwirkungsproblemen bejahte:

Der angeklagte ehemalige DDR-Grenzsoldat in BGHSt 39, 353 hatte einen Fluchtwilligen erschossen, nachdem dieser von anderen Grenzsoldaten entdeckt worden war und deshalb seinen Fluchtversuch mit erhobenen Händen aufgegeben hatte. Ein Schußwaffengebrauch sei nach sämtlichen in Betracht zu ziehenden Vorschriften nur zur Fluchtverhinderung erlaubt gewesen.<sup>168</sup> Da der Fluchtversuch endgültig gescheitert war und der Flüchtling sich ergeben hatte lag kein Fluchtversuch vor, der zu verhindern gewesen wäre. Nach Auffassung des BGH ist der Angeklagte daher strafbar, ohne daß es auf die insbesondere im ersten Mauerschützenurteil des Senats erörterten Rechtfertigungs- und Rückwirkungsprobleme ankomme.<sup>169</sup>

Der Angeklagte in BGHSt 40, 48<sup>170</sup> hatte einen Flüchtling erschossen, der die Grenze bereits überschritten und schon das Gebiet der BRD erreicht hatte. Der BGH vertrat auch hier die Auffassung, es komme nicht auf die im ersten Mauerschützenurteil<sup>171</sup> erörterten Rechtfertigungsprobleme an, da die dort in Rede stehenden möglichen Rechtfertigungsgründe nur auf diejenigen Fälle anwendbar gewesen seien, in denen die Schüsse *vor* der

---

<sup>167</sup> BGHSt 39, 1 ff.; s.o. C.II.1.

<sup>168</sup> BGHSt 39, 353, 366 f.

<sup>169</sup> BGHSt 39, 353, 367

<sup>170</sup> im Folgenden zitiert nach BGH NJW 1994, 2237 ff.

<sup>171</sup> BGHSt 39, 1 ff.; s.o. C.II.1.

Grenze auf einen Republikflüchtling abgegeben wurden.<sup>172</sup> Es habe keine eindeutige Anordnung gegeben, notfalls auf fremdes Staatsgebiet zu schießen. Aus der Gesamtheit der Anweisungs- und Gesetzeslage der DDR ergebe sich, „daß das Verhalten des Angeklagten trotz möglicherweise bewußt undeutlichen Erläuterungen nicht erlaubt war.“ Aber selbst wenn ein entsprechender Befehl, auch auf fremdes Staatsgebiet zu schießen, existiert hätte, wäre nach Auffassung des BGH der Angeklagte nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entbunden gewesen, da der Befehl offensichtlich gegen die anerkannten Normen des Völkerrechts verstoßen hätte (§ 258 DDR-StGB): Die Rechtsordnung eines Staates beschränke sich grundsätzlich auf das Gebiet innerhalb seiner Grenzen. Die Ausübung eigener Rechte dürfe den Nachbarn nicht beeinträchtigen und seien im Falle des „Hinüberwirkens“ unter Verletzung fremder Gebietshoheit zu unterlassen und zu unterbinden.<sup>173</sup>

Ein etwaiger Verbotsirrtum des Angeklagten sei im Hinblick auf dessen Stellung und Kenntnis der betreffenden Vorschriften vermeidbar gewesen.<sup>174</sup>

#### **4. BGHSt 40, 241 ff. (Urteil v. 26.07.1994)**<sup>175</sup>

Diesem Urteil lagen tödliche Schüsse an der Berliner Mauer zugrunde, die am 15.02.1972 und damit *vor dem Beitritt* der DDR zu dem IPBPR am 08.11.1973 (Beitrittserklärung) bzw. 23.03.1976 (Inkrafttreten) abgegeben wurden.<sup>176</sup>

Der BGH stellt fest, daß die DDR demnach zum Tatzeitpunkt - anders als in dem Grundsatzurteil BGHSt 39, 1 ff - noch nicht an den IPBPR gebunden war. Trotzdem ergebe sich aus diesem Unterschied aber nicht, daß die Rechtsauffassung des Senats zur „Unwirksamkeit grob ungerechter und menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgründe unanwendbar wären:“

---

<sup>172</sup> BGH NJW 1994, 2238

<sup>173</sup> Berber, S. 305 ff.

<sup>174</sup> BGH NJW 1994, 2238 ausgehend von den Feststellungen der Tatsacheninstanz

<sup>175</sup> im Folgenden zitiert nach BGH NJW 1994, 2708 ff.

<sup>176</sup> BGH NJW 1994, 2708, 2709

Der IPBPR habe seine Grundlage in der Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen (AEMR) vom 10.12.1948<sup>177</sup> gehabt.<sup>178</sup> Deren Gewährleistungstatbestände in Art. 3 (Recht auf Leben) und Art. 13 Nr. 2 (Ausreisefreiheit) seien mit denen des IPBPR in Art. 6 und Art. 12 übereinstimmend. Auch wenn die AEMR vom 10.12.1948 kein Vertragsrecht seien, so komme ihr doch jedenfalls insofern „ein hohes Maß an rechtlicher Bedeutung zu, als sie den Willen der Völkergemeinschaft, Menschenrechte zu verwirklichen, und den ungefähren Inhalt dieser Menschenrechte zum Ausdruck bringt.“

Weiter stellt der BGH fest, daß die DDR zwar erst im Jahre 1973, also nach der vorliegend abzuurteilenden Tat, Mitglied der Vereinten Nationen geworden sei. Die DDR habe sich jedoch in zahlreichen Verlautbarungen (z.B. Erklärungen des Staatsrats der DDR, Antragstellung zur Aufnahme der DDR in die Vereinten Nationen am 28.02.1966) zu den Zielsetzungen der Vereinten Nationen bekannt.<sup>179</sup> Dies ergebe sich auch daraus, daß nach Art. 91 DDR-Verfassung die „allgemein anerkannten Normen des Völkerrechts über die Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen“ unmittelbar geltendes Recht sein sollten.

Im übrigen verweist der BGH wiederum auf die Grundsätze des ersten Mauerschützenurteils.<sup>180</sup>

### **5. BGHSt 40, 218 ff. (Urteil v. 26.07.1994)<sup>181</sup>**

Der BGH hat in diesem Urteil über die Strafbarkeit der Hintermänner der Mauerschützen, konkret die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR aufgrund der Ereignisse an der Grenze entschieden. Die nationale Volksarmee und die Anfang der siebziger Jahre aus der Nationalen Volksarmee ausgegliederten „Grenztruppen der DDR“ unterstanden dem Mini-

---

<sup>177</sup> deutsche Übersetzung u.a. Sartorius II Nr.19

<sup>178</sup> BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.

<sup>179</sup> BGH NJW 1994, 2708, 2710

<sup>180</sup> BGHSt 39, 1 ff. s.o. C.II.1.

<sup>181</sup> im Folgenden zitiert nach BGH NJW 1994, 2703 ff.

sterium für Nationale Verteidigung. Sämtliche Handlungen der Grenztruppen, auch die Einrichtung von Selbstschußanlagen an der Grenze, die Verminung der Grenze und der Schußwaffeneinsatz gegen Flüchtlinge, beruhten auf „Jahresbefehlen“, die letztlich auf vom Nationalen Verteidigungsrat gefaßte Beschlüsse zurückgingen.<sup>182</sup> Da die Angehörigen der Grenztruppen aufgrund dieser „Jahresbefehle“ des Nationalen Verteidigungsrates dahin instruiert wurden, daß ein gelungener Grenzdurchbruch für die betreffenden Soldaten „Konsequenzen“ habe und in vielen Fällen ein Flüchtling ohne gezielten Schußwaffeneinsatz nicht aufzuhalten war, bedeutete dies, daß mit dem Gebrauch der Waffe tödliche Folgen nicht auszuschließen waren. Nach den Grundsätzen von BGHSt 39, 1 ff.<sup>183</sup> und BGHSt 39, 168 ff. seien die Schützen nicht gerechtfertigt, so daß die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als mittelbare Täter getötet haben.<sup>184</sup>

## **6. BGHSt 41, 101 ff. (Urteil v. 20.03.1995)**

Obwohl der Sachverhalt der Entscheidung BGHSt 41, 101 ff.<sup>185</sup> im Hinblick auf einen Rechtfertigungsgrund für die tödlichen Schüsse gegenüber den bereits ergangenen Entscheidungen keine neuen Rechtsfragen aufwarf, begnügte sich der BGH unter Hinweis auf die zu den bisherigen Entscheidungen veröffentlichte Kritik in der Literatur nicht mit einem bloßen Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung:<sup>186</sup>

### **a) Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel**

Ausdrücklich bekennt sich der BGH zu den Grundsätzen seiner bisherigen Rechtsprechung und ergänzt darüber hinaus seine Darlegungen zur Unbe-

---

<sup>182</sup> BGH NJW 1994, 2703

<sup>183</sup> s.o. C.II.1.

<sup>184</sup> zu den Einzelheiten der mittelbaren Täterschaft siehe BGH NJW 1994, 2703, 2705 ff. sowie Rotsch, ZStW 2000, 518 ff.; NStZ 1998, 491 ff. dort Fn 5 mit weiteren Nachweisen.

<sup>185</sup> im folgenden zitiert nach BGH NJ 1995, 539 ff.

<sup>186</sup> BGH NJ 1995, 539, 540

achtlichkeit etwaiger Rechtfertigungsgründe für den tödlichen Schußwaffengebrauch im Zusammenhang mit der Radbruchsche Formel.<sup>187</sup>

Nunmehr stellt der BGH ausdrücklich fest, daß er die Radbruchsche Formel für anwendbar hält:

In seiner ersten Mauerschützenentscheidung<sup>188</sup> habe der zuständige Senat zur Anwendung der Radbruchschen Formel hervorgehoben, daß die Schüsse an der Berliner Mauer und an anderen Stellen der innerdeutschen Grenze nicht mit dem NS-Massenmord gleichgesetzt werden können, auf den Radbruch seine Ausführungen bezogen habe.<sup>189</sup> Damit sei jedoch nichts gesagt über die Unverbindlichkeit extrem ungerechter Gesetze in anderen Fällen als bei Verstößen gegen Völkerstrafrecht. Wegen des hohen Wertes der Rechtssicherheit will der BGH aber Fälle, in denen ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund wegen seiner Ungerechtigkeit als unbeachtlich angesehen wird, auf extreme Ausnahmen beschränkt wissen. Einen solchen extremen Ausnahmefall, der i.S.d. Radbruchschen Formel zur Unverbindlichkeit des Rechtfertigungsgrundes führt, habe der Senat „bei den tödlichen Schüssen an der innerdeutschen Grenze aus einer Gesamtwertung des Grenzregimes hergeleitet.“ Dabei beziehe sich diese Bewertung auf die „Hintanstellung des Lebensrechtes der Flüchtlinge als auch auf die besonderen Motive, die Menschen für die Überquerung der innerdeutschen Grenze hatten.“ In die Bewertung seien auch die „tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze eingegangen, die durch Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl gekennzeichnet waren.“ Angesichts dieser besonderen Züge könne das Grenzregime der DDR nicht mit den üblichen Formen bewaffneter Grenzsicherung gleichgesetzt werden. Diesbezüglich wird vom BGH insbesondere auf den bereits im ersten Mauerschützenurteil<sup>190</sup> angesprochenen rücksichtslosen Schußwaffengebrauch bei prinzipieller Versagung der Ausreisebefugnis zur Verhinderung einer politischen und wirtschaftlichen Destabilisierung der DDR hingewiesen.

---

<sup>187</sup> BGH NJ 1995, 539, 540 f.

<sup>188</sup> BGH NJW 1993, 141, 144 f.; s.o. C.II.1.a)

<sup>189</sup> BGH NJ 1995, 539, 540

<sup>190</sup> BGH NJW 1993, 141, 146

Überdies seien die durch die innerdeutsche Grenze getrennten Menschen „auf vielfältige Weise, zumal durch Familienbeziehungen, miteinander verbunden gewesen.“<sup>191</sup>

## **b) Verstoß gegen IPBPR**

Weiter führt der BGH<sup>192</sup> aus, daß „bei Bewertung des Grenzregimes auf Grundsätze des internationalen Menschrechtsschutzes zurückgegriffen werden darf, ohne daß es darauf ankäme, ob die DDR den IPBPR in innerstaatliches Recht transformiert hat.“ Die DDR habe sich jedenfalls durch Hinterlegung der Ratifikationsurkunde zur Respektierung der im Pakt bezeichneten Menschenrechte verpflichtet.

## **c) Menschenrechtsfreundliche Auslegung**

Die vorgenannte Verpflichtung sei auch maßgeblich für die im ersten Mauerschützenurteil dargelegte menschenrechtsfreundliche Auslegung des DDR-Rechts.<sup>193</sup>

Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, daß weder die Verfassung der DDR noch die sonstigen Gesetze in der DDR menschenrechtsfreundlich ausgelegt worden seien, habe der Senat „nicht etwa ein Rechtssystem konstruiert, das mit dem Recht der DDR schlechthin nichts zu tun hatte.“ Denn der Schutz der Menschenrechte sei - anders als im nationalsozialistischen Regime – in der DDR offiziell proklamiert worden und in dem geschriebenen Recht der DDR seien „Möglichkeiten zu einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung angelegt“ gewesen.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> BGH NJ 1995, 539, 540 f.

<sup>192</sup> BGH NJ 1995, 539, 541

<sup>193</sup> BGH NJW 1993, 141, 146; s.o. C.II.1.d)

#### **d) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG**

Unter Hinweis auf Kritik der Literatur wonach die bisherige Rechtsauffassung des BGH<sup>195</sup> nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein soll, sieht sich der BGH zu nochmaliger Überprüfung seines Standpunktes veranlaßt.<sup>196</sup>

Diese ergibt jedoch, daß nach Ansicht des BGH „die Grenzposten nicht in ihrem Vertrauen auf die Fortgeltung gesetzlicher Bestimmungen enttäuscht wurden.“ Das geschriebene Recht der DDR habe ohne einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG menschenrechtsfreundlich interpretiert werden können, da Art. 103 Abs. 2 GG nicht das Vertrauen in den Fortbestand einer bestimmten Staats- und Auslegungspraxis schütze. Art. 103 Abs. 2 GG ermögliche dem Bürger lediglich sich auf das geschriebene Recht einzurichten.

Erst recht stünde Art. 103 Abs. 2 GG einer Bestrafung nicht entgegen, wenn „ein Gesetz so pervertiert war, daß eine menschenrechtsfreundliche Auslegung gar nicht in Betracht kam.“ Eine Straffreistellung, die derart gegen die Menschenrechte verstößt, sei von vornherein unwirksam und überhaupt nicht Recht geworden. Außerdem wäre es nach Auffassung des BGH unverständlich, „wenn der Schutz des Rückwirkungsverbots unter derart extremen Verhältnissen eingreifen würde, während bei noch bestehender Möglichkeit menschenrechtsfreundlicher Gesetzesinterpretation die Schutzvorschrift des Art. 103 Abs. 2GG nicht anwendbar wäre.“

Dem Einwand Jakobs,<sup>197</sup> die Verneinung der Rechtfertigungswirkung wegen grober Ungerechtigkeit und Menschenrechtswidrigkeit könne die Strafbarkeit nicht wiederherstellen sondern ergebe ein normatives Vakuum hält der BGH entgegen, daß die DDR zu denjenigen Staaten gehöre, in denen die umfassende Strafbarkeit der vorsätzlichen Tötung eines Menschen sich von selbst verstehe, es sei denn ein Rechtfertigungsgrund

---

<sup>194</sup> BGH NJ 1995, 539, 541

<sup>195</sup> BGH NJW 1993, 141, 148; s.o. C.II.1.e)

<sup>196</sup> BGH NJ 1995, 539, 541

<sup>197</sup> Strafrecht Allgemeiner Teil S. 121; GA 1994, 1, 11 f

greife ein. Daraus folge, daß „bei Nichtigkeit des Rechtfertigungsgrundes der Tatbestand des Totschlages anwendbar bleibt.“<sup>198</sup>

### **7. BGH NJW 1995, 2732 ff. (Urteil v. 20.03.1995)**

Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt enthielt die Besonderheit im Vergleich zu den bisherigen Mauerschützenfällen, daß die tödlichen Schüsse nicht im Zusammenhang mit einer „Republikflucht“ abgegeben wurden. Der Angeklagte hatte auf Westberliner geschossen, die anlässlich eines Ausflugs mit einem Sportboot versehentlich die im Teltow-Kanal verlaufende Grenze zur DDR um einige Meter überfahren hatten. Als das Boot etwa 10 m in die zur DDR gehörende Wasserfläche hineingefahren war und durch Warnschüssen des Angeklagten zur Umkehr veranlaßt wieder auf das Gebiet von Berlin/West zufuhr, gab der Angeklagte die tödlichen Schüsse ab. Dies geschah in der Absicht die Grenzverletzer, deren Festnahme nicht möglich war, „unschädlich“ zu machen.

Auch unter Berücksichtigung, daß im vorliegenden Fall die tödlichen Schüsse „nicht zur Durchsetzung des umfassenden, menschenrechtswidrigen Ausreiseverbots dienten“ ist muß nach Auffassung des BGH „unter den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falls der Schießbefehl in gleicher Weise als schweres, offensichtliches Unrecht gewertet werden wie in den Fällen der Fluchtverhinderung.“ Gebiete ein Befehl „unterschiedslos bei jeder unerlaubten Grenzüberschreitung mit Tötungsvorsatz zu schießen, auch wenn es sich um ein geringfügiges und sogleich korrigiertes Fehlverhalten von Ausflüglern handelt, so ist dieser Befehl offensichtliches Unrecht; denn er stellt den abstrakten Grundsatz der Unverletzlichkeit der Grenze über das Lebensrecht des einzelnen und läßt dabei jede Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit - also ein grundlegendes Element der Gerechtigkeit - außer acht.“

---

<sup>198</sup> BGH NJ 1995, 139, 539, 541

## **8. BGHSt 42, 356 ff. (Urteil vom 17. 12. 1996)<sup>199</sup>**

Dieses Urteil weicht von den „normalen“ Mauerschützenfällen insofern ab, als das Opfer nicht ein ziviler Flüchtling, sondern ein bewaffneter Soldat der Nationalen Volksarmee war.<sup>200</sup> Der BGH hält mit Rücksicht auf die fehlende Ausreisefreiheit der Bürger der DDR eine im Ergebnis gleiche Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Schußwaffeneinsatzes mit Tötungsvorsatz auch gegen fahnenflüchtige Soldaten der DDR als „nicht ganz fernliegend.“<sup>201</sup> Andererseits habe das Ausmaß des von dem Fahnenflüchtigen aus Sicht des Schützen ausgehenden Rechtsbruchs als deutlich gewichtiger angesehen werden können. Mitzubedenken sei außerdem eine bestehende Gefährdung der Grenzsoldaten, auch ohne daß der Flüchtling konkret zum Einsatz der Waffe angesetzt habe. Letztlich hat der BGH offengelassen, ob vorliegend ebenso wie nach seiner bisherigen Rechtsprechung ein Rechtfertigungsgrund wegen eines „offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte“ als unwirksam anzusehen ist, da der Angeklagte jedenfalls entschuldigt sei. Der Strafrechtsverstoß durch Schüsse auf einen bewaffneten Fahnenflüchtigen sei für diesen gem. § 5 Abs. 1 WStG anders als bei Schüssen auf unbewaffnete Zivilisten nicht offensichtlich rechtswidrig.

---

<sup>199</sup> im folgenden zitiert nach NStZ 1997, 491 f.

<sup>200</sup> BGH NStZ 1997, 491

<sup>201</sup> BGH NStZ 1997, 491, 492

**9. BGHSt 39, 168 ff (Urteil v. 25.03.1993); BGHSt 39, 199 ff (Beschluss v. 19.04.1993); BGHSt 39, 353 ff. (Urteil v. 20.10.1993); BGHSt 40, 113 ff. (Urteil v. 19.04.1994); BGHSt 41, 10 ff.; BGHSt 41, 149 ff. (Urteil v. 18.05.1995); BGHSt 42, 65 ff. (Urteil v. 04.03.1996); BGH NJ 1999, 270 f. (Beschluss v. 28.10.1998); BGH NJ 2000, 148 ff. (Urteil v. 08.11.1999)**

Diese Entscheidungen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) des BGH über Todesschüsse an der ehemaligen DDR-Grenze verweisen im Hinblick auf die Rechtfertigungsproblematik lediglich auf vorangegangene Mauerschützenurteile und enthalten keine weitergehenden Rechtsausführungen hierzu.

### **III. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu Verfassungsbeschwerden von Mauerschützen/Hintermännern**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß vom 24.10.1996<sup>202</sup> vier Verfassungsbeschwerden gegen Mauerschützenurteile des BGH zurückgewiesen. Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde eines Grenzsoldaten gegen das Urteil BGHSt 40, 241 ff.<sup>203</sup> und die Verfassungsbeschwerden von drei Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der DDR gegen das Urteil BGHSt 40, 218 ff.<sup>204</sup> zum Gegenstand.<sup>205</sup>

#### **1. Rechtfertigung der tödlichen Schüsse durch § 27 DDR-GrenzG**

Das Bundesverfassungsgericht schließt sich unter Bezugnahme auf die Argumentation des BGH dessen Auffassung an, ohne dies im einzelnen darzulegen. Im Hinblick auf die Radbruchsche Formel wird angedeutet, daß

---

<sup>202</sup> BVerfG JZ 1997, 142 ff

<sup>203</sup> s.o. C.II.4.

<sup>204</sup> s.o. C.II.5.

<sup>205</sup> vgl. Alexy Beschluß S. 4 ff.

die Konkretisierung der Radbruchschen Formel durch die völkerrechtlich geschützten Menschenrechte in der vom BGH vorgenommenen Weise geteilt werde.<sup>206</sup> Das Grenzregime der ehemaligen DDR stelle „extremes staatliches Unrecht“ dar, so daß ein darauf gestützter Rechtfertigungsgrund unbeachtlich sei.

## **2. Art. 103 Abs. 2 GG**

Das Bundesverfassungsgericht beschäftigt sich auch mit der Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG der Versagung eines Rechtfertigungsgrundes entgegensteht.<sup>207</sup> Hier macht sich das Bundesverfassungsgericht nicht ohne weiteres die Annahme des BGH zu eigen, wonach ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht vorliege, weil die Verurteilung lediglich auf dem „richtig interpretierten Gesetz“ der DDR beruhe und ein Vertrauen auf die abweichende Staatspraxis nicht schutzwürdig sei.<sup>208</sup> Das Bundesverfassungsgericht kommt allerdings zu demselben Ergebnis wie der BGH. Obwohl in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG von „strikter Formalisierung“ und „absolutem und strikten Vertrauensschutz“ die Rede ist, hat nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die strikte Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG in den Mauerschützenfällen zurückzutreten. Die gegenläufigen Maximen von „Gerechtigkeit“ und „Rechtssicherheit“ seien gleichermaßen im allumfassenden Rechtsstaatsprinzip verankert. Im Falle extremen Unrechts sei der Gerechtigkeit der Vorzug zu geben.<sup>209</sup> Außerdem geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, daß das Rückwirkungsverbot seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage eines demokratischen Gesetzgebers und demokratischer Gesetze finde und diese Vertrauensgrundlage entfalle, wenn in einem Unrechtsstaat wie der ehemaligen DDR zwar für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Recht-

---

<sup>206</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 145

<sup>207</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 143 f

<sup>208</sup> s.o. IV. Teil B.II.1.e) und II.6.d)

<sup>209</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 143 f

fertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen und so anerkannte Menschenrechte in schwerwiegender Weise mißachtet worden seien.<sup>210</sup>

#### **D. KRITISCHE BEWERTUNG DER BGH-RECHTSPRECHUNG IM HINBLICK AUF DIE RADBRUCHSCHE FORMEL**

In den Urteilen zu NS-Verbrechen<sup>211</sup> wurden die als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommenden NS-Normen unter Hinweis auf den *ordre public* und die Radbruchsche Formel für nichtig und damit unbeachtlich erklärt. Damit sind die Urteile zu den NS-Verbrechen im Hinblick auf die Strafbarkeit der Täter mittels Anwendung der Radbruchsche Formel eindeutig und klar. Im Gegensatz dazu geht der BGH in den Mauerschützenurteilen einen verwirrenden Weg:<sup>212</sup>

In seinem ersten Mauerschützenurteil stellt der BGH hinsichtlich der Radbruchschen Formel nur fest, daß die Schüsse an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem NS-Massenmord gleichzusetzen seien, eine Übertragung der Radbruchschen Formel auf den vorliegenden Fall „nicht einfach ist“ und heute „konkretere Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen sind,“<sup>213</sup> um dann den Versuch zu unternehmen, die Unanwendbarkeit des als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommenden § 27 Abs.2 DDR-GrenzG mittels Völkerrecht<sup>214</sup> und „menschenrechtsfreundlicher Auslegung“<sup>215</sup> zu begründen. Der BGH wurde einerseits dahingehend interpretiert, daß dessen Argumentation als *naturrechtliche* Begründung der Unwirksamkeit von § 27 DDR-GrenzG zu verstehen sei,<sup>216</sup> andererseits wurde das *Gegenteil* vermutet.<sup>217</sup> Die Dogmatik des BGH ist insofern zurecht als unklar bezeichnet

---

<sup>210</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 144

<sup>211</sup> s.o. B.I. und II.

<sup>212</sup> vgl. H. Dreier, JZ 1997, 421, 424 ff

<sup>213</sup> BGH NJW 1993, 141, 144 f.; s.o. C.II.1.b)

<sup>214</sup> BGH NJW 1993, 141, 145 f.; s.o. C.II.1.c)

<sup>215</sup> BGH NJW 1993, 141, 146 f.; s.o. C.II.1.d)

<sup>216</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 25 f.

<sup>217</sup> vgl. Gropp, NJ 1996, 393

worden.<sup>218</sup> Es wird nicht deutlich, ob der BGH naturrechtlich argumentiert bzw. letztlich die Radbruchsche Formel anwendet oder nicht. Erstmals in BGHSt 40, 241 ff. - als ein Grenzvorfalle zur Entscheidung vorlag, der sich bereits 1972 und damit vor Inkrafttreten des IPBPR zugetragen hatte<sup>219</sup> - wurde klar, daß der BGH die Strafbarkeit der Grenzsoldaten unmittelbar auf eine naturrechtliche Grundlage stellt und der Verstoß gegen Menschenrechtspakte als Begründung für die Naturrechtswidrigkeit herangezogen wird.<sup>220</sup> Ausdrücklich wird dies dann in BGHSt 41, 101 ff. ausgesprochen und klargestellt, daß aufgrund des extremen Unrechts der tödlichen Schüsse die Anwendbarkeit der Radbruchsche Formel hergeleitet werden kann.<sup>221</sup>

Soweit der BGH plausibel machen will, daß die Mauerschützen schon gegen das damals geltende DDR-Strafrecht verstoßen hätten, *ohne* daß es der Heranziehung der Radbruchschen Formel bzw. von Geltungsmaßstäben mit naturrechtlicher Wirkung bedarf, kann dem BGH nicht gefolgt werden:

## **I. Verstoß gegen den IPBPR**

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Art. 6 und 12 IPBPR so weitgehend interpretiert werden können, daß in der praktischen Handhabung des § 27 DDR-GrenzG ein Verstoß gegen diesen Pakt gesehen werden kann.<sup>222</sup> Auch im Falle eines - nach Auffassung des BGH<sup>223</sup> vorliegenden - Verstoßes des § 27 DDR-GrenzG gegen den IPBPR ließe sich daraus *positivrechtlich* keine Nichtigkeit des § 27 DDR-GrenzG ableiten:

---

<sup>218</sup> K. Kühl, S. 653; Amelung, NStZ 1995, 29, 30; H. Dreier, JZ 1997, 421, 424 ff.

<sup>219</sup> s.o. C.II.4.

<sup>220</sup> K. Kühl, S. 655; Gropp, NJ 1996, 393; Amelung, NStZ 1995, 29,30

<sup>221</sup> s.o. C.II.6.

<sup>222</sup> s. hierzu Alexy, Mauerschützen, S. 27 ff.

<sup>223</sup> s.o. C.II.1.b)

## **1. Keine innerstaatliche Wirksamkeit allein durch völkerrechtliche Verpflichtung**

Die DDR hat den IPBPR durch den Staatsrat am 02.11.1973 ratifiziert und dies im Gesetzblatt der DDR bekanntgemacht.<sup>224</sup> Auch das spätere Inkrafttreten des Paktes wurde unter dem 01.03.1976 im Gesetzblatt veröffentlicht.<sup>225</sup> In seinem ersten Mauerschützenurteil verweist der BGH auf diesen Beitritt der DDR zum IPBPR und stellt fest, daß sich die DDR mit diesem Beitritt mit den Zielsetzungen des IPBPR identifiziert habe und deshalb die Bestimmungen des IPBPR auch bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen seien.<sup>226</sup>

Nach ganz h.M. verschafft aber allein die Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge keine innerstaatliche Rechtsgeltung; um das völkerrechtliche Abkommen innerstaatlich wirksam werden zu lassen ist vielmehr die Transformation des Vertragsinhalts in nationales Recht Voraussetzung.<sup>227</sup>

## **2. Fehlende Transformation des IPBPR**

Der IPBPR wurde von der Volkskammer jedoch nicht nach Art. 51 S. 1 DDR-Verfassung (vergleichbar mit Art. 59 GG) in innerstaatliches Recht umgesetzt; eine parlamentarische Bestätigung der Volkskammer ist nie erfolgt.<sup>228</sup>

Teilweise wird jedoch darauf hingewiesen, daß in der DDR häufig auf die formelle Zustimmung der Volkskammer verzichtet worden ist und in der Staatspraxis der DDR trotzdem - allein aufgrund einer Ratifikation der Völkerrechtsabkommen durch den Staatsrat - von einer Transformation ausgegangen wurde.<sup>229</sup> Der Staatsrat der DDR war gem. Art. 66 Abs. 1

---

<sup>224</sup> DDR-Gbl. 1974 II, S. 57

<sup>225</sup> DDR-Gbl. 1976 II, S. 108

<sup>226</sup> NJW 1993, 141, 145; s.o. C.II.1.b)

<sup>227</sup> Seidl-Hohenfeldern/Stein, Rdn. 539 ff.; Dannecker, Jura 1994, 585, 590; Alexy, Mauerschützen, S. 16; Grünwald, StV 1991, 31, 37; Arnold/Kühl, JuS 1992, 991, 995; Renzikowski, NJ 1992, 152, 153 f.;

<sup>228</sup> vgl. Arnold/M. Kühl, JuS 1992, 991, 995

<sup>229</sup> Pawlik, S. 474; Mampel, Art. 32 DDR-Verfassung, Rdn. 17; Schreiber, Verantwortlichkeit, S. 60

S. 3 DDR-Verfassung in Gestalt von Beschlüssen zur Normsetzung befugt, die wie die Gesetze der Volkskammer allgemeinverbindlich waren, auch wenn sie in ihrer Rechtskraft jenen nachfolgten.<sup>230</sup> Eine derartige Transformation würde aber zumindest eine entsprechende Vollzugsanordnung bei der Publikation voraussetzen.<sup>231</sup> Nachdem eine derartige Vollzugsanordnung nicht erfolgte und der Pakt ohne entsprechenden Umsetzungshinweis veröffentlicht wurde, war der IPBPR ohne innerstaatliche Rechtsgeltung.<sup>232</sup> Selbst wenn man zu der Auffassung käme, mit der Ratifikation durch den Staatsrat und der Veröffentlichung dieser Ratifikation<sup>233</sup> sei eine Transformation erfolgt, so hätte das transformierte Völkerrecht gegenüber § 27 DDR-GrenzG keine derogierende Wirkung:<sup>234</sup> Die Umsetzung wäre dann durch den Staatsrat erfolgt. Wie bereits erwähnt waren die Rechtsakte des Staatsrats in der innerstaatlichen Normenhierarchie der DDR unterhalb der Rechtsakte der Volkskammer anzusiedeln. Eine Kollision der „nur“ vom Staatsrat transformierten niederrangigen Rechte aus dem Pakt mit § 27 DDR-GrenzG als förmliches Volkskammergesetz hätte dann keinesfalls zur Unwirksamkeit des letzteren führen können.<sup>235</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

Ein etwaiger Verstoß von § 27 DDR-GrenzG gegen den IPBPR durch den Schußwaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze hat keine Konsequenzen im Hinblick auf eine Rechtfertigung der Grenzsoldaten durch § 27 DDR-GrenzG, da der IPBPR nicht innerstaatlich umgesetzt wurde.

---

<sup>230</sup> Mampel, Art.51 DDR-Verfassung Rdn.9; Semmler, S. 295

<sup>231</sup> vgl. ausführlich Buchner, S.181 ff.

<sup>232</sup> Buchner, S. 181 ff.

<sup>233</sup> DDR-Gbl. 1974 II S. 57

<sup>234</sup> Buchner, S. 184

<sup>235</sup> Dasselbe würde im Hinblick auf die vor Inkrafttreten des § 27 DDR-GrenzG vom 25.03.1982 maßgeblichen §§ 17, 20 III VoPoG vom 11.06.1968 (s.o. C.I.3.c) gelten;

## **II. Auslegung von § 27 DDR-GrenzG nach Verhältnismäßigkeitsgrundsatz/menschenrechtsfreundliche Auslegung**

Bedenken bestehen außerdem gegen die im ersten Mauerschützenurteil dargelegte<sup>236</sup> und mit Urteil vom 20.03.1995<sup>237</sup> ausdrücklich bestätigte Auslegung des DDR-Rechts nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der Menschenrechte:

Zutreffend hat der BGH zunächst festgestellt, daß die Todesschüsse als letztes Mittel zur Fluchtverhinderung durch § 27 DDR-GrenzG, wie er in der Staatspraxis der DDR ausgelegt wurde, gedeckt waren.<sup>238</sup> Nach Auffassung des BGH hätte § 27 DDR-GrenzG jedoch unter Berücksichtigung von Art. 30 Abs. 2 S. 2 DDR-Verfassung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz so ausgelegt werden müssen, daß die Todesschüsse nicht durch § 27 DDR-GrenzG gedeckt waren.<sup>239</sup> Der BGH versucht damit plausibel zu machen, die Flüchtlinge seien unter Mißachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gewissermaßen in falscher Anwendung der in der DDR gültigen Rechtsordnung erschossen worden und die Mauerschützen hätten sich „eigentlich“ bereits nach DDR-Recht strafbar gemacht. Diese These ist im folgenden zu überprüfen.

### **1. Rechtstheoretische Ermittlung des in der DDR geltenden Rechts**

Die Frage nach der Bestimmung der auf die Mauerschützen anzuwendenden strafrechtlichen Regelungen hat ergeben, daß vorliegend gem. Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB zu klären ist, ob die Mauerschützen nach dem Recht der DDR durch § 27 DDR-GrenzG gerechtfertigt waren.<sup>240</sup> Der Vorgabe von Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB zufolge ist deshalb zu fragen, ob eine Strafbarkeit der Mauerschützen nach dem zur Tatzeit geltenden Recht der DDR vorlag. Die maßgeblichen Vorschriften des DDR-

---

<sup>236</sup> BGH NJW 1993, 141, 146 f.; s.o. C.II.1.d)

<sup>237</sup> NJ 1995, 539, 542; s.o. C.II.6.c)

<sup>238</sup> BGH NJW 1993, 141, 143 f.; s.o. C.II.1.a)

<sup>239</sup> BGH NJW 1993, 141, 146 f.; s.o. C.II.1.d)

<sup>240</sup> s.o. C.I.3.

Rechts sind dabei nicht nach bundesrepublikanischen Prinzipien auszulegen, sondern so wie es zu DDR-Zeiten ausgelegt wurde.<sup>241</sup>

## **2. Kritik an den Auslegungsmethoden des BGH**

Ansatzweise hat sich der BGH nach eigenem Bekunden um Auslegungsmethoden bemüht, „die dem Recht der DDR eigentümlich waren.“<sup>242</sup> Trotzdem wird dem BGH aber vorgeworfen tatsächlich die Rechtsordnung der DDR nach Maßstäben auszulegen, die in dem Rechtssystem der DDR überhaupt nicht existierten.<sup>243</sup> Er habe geradewegs nach gesetzlichen Anhaltspunkten im DDR-Recht gesucht und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angewendet als ginge es um die Bearbeitung irgendeines Polizeirechts-Falls.<sup>244</sup> Mit seiner menschenrechtsfreundlichen Interpretation setze der BGH im Ergebnis einen rechtsstaatlichen Rechtsbegriff an die Stelle eines sozialistischen<sup>245</sup> und habe so eine „virtuelle“ DDR-Rechtssituation konstruiert.<sup>246</sup>

## **3. Auslegungsmethoden und -prinzipien im Recht der DDR**

Um die wirkliche Rechtssituation und die Auslegung von § 27 DDR-GrenzG in der ehemaligen DDR berücksichtigen zu können, ist ein Blick auf die Auslegungsmethoden und -prinzipien der DDR erforderlich. Kennzeichnend für die Anwendung des DDR-Rechts war die Berücksichtigung ideologischer Vorgaben von Partei und Staat.<sup>247</sup>

Gesetze wurden als Mittel der Partei angesehen, das Interesse der herrschenden Arbeiterklasse auszudrücken.<sup>248</sup> Diese Grundannahme war verfassungsrechtlich in Art. 19 Abs. 1 S. 2 DDR-Verfassung verankert. Dieser

---

<sup>241</sup> vgl. Buchner, S. 122 f.

<sup>242</sup> BGH NJW 1993, 141, 146; s.o. C.II.1.d)

<sup>243</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 426 f.

<sup>244</sup> Herzog, NJ 1993, 13

<sup>245</sup> Herrmann, NStZ 1993, 118, 120

<sup>246</sup> Kenntner, RuP 1997, 170, 183 Fn. 1

<sup>247</sup> vgl. Autorenkollektiv unter Leitung von Wünsche, S. 25 ff.; Böckenförde, S. 68; Brunner, S. 1 ff.; Lorenz, JZ 1994, 388, 392 f.; Buchner, S. 143 ff.; Rosenau, S. 182 ff.

<sup>248</sup> Klein, ZRP 1992, 209; 213; Brunner, S. 1

Bestimmung zufolge gewährleistet die DDR die sozialistische Gesetzlichkeit und Rechtssicherheit. Die Rechtssicherheit wurde dabei nicht in einem rechtsstaatlichen Sinn verstanden, sondern ordnete nur die Bindung des Rechts in seinen spezifischen sozialistischen Funktionen an.<sup>249</sup> Dementsprechend waren bei der Rechtsanwendung nach dem Selbstverständnis der sozialistischen Rechtsauffassung gesellschaftliche Bedingtheiten zu berücksichtigen. Nach § 3 GVG der DDR<sup>250</sup> hatten die Gerichte „zur Lösung der Aufgaben der sozialistischen Staatsmacht bei der Gestaltung der entwickelten sozialistischen Gesellschaft beizutragen.“

Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume in Normen sind daher nicht durch eine rechtsstaatliche Auslegung auszufüllen, sondern sind aus der Perspektive der sozialistischen Gesetzlichkeit und Rechtssicherheit anzuwenden.<sup>251</sup> Das sozialistische Recht stand ganz im Dienste des Staates und war mit einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung nicht vergleichbar.<sup>252</sup>

Soweit der BGH § 27 DDR-GrenzG nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auslegt und einen rechtsstaatlich geprägten Menschenrechtsmaßstab anlegt, so wendet er keine Auslegungsmethode an, die der Rechtsordnung der DDR eigen war. Eine derartige Auslegung hätte im Widerspruch zu den Zielen und der Politik von Staat und Partei gestanden. Die Auslegung des BGH ist mit dem Prinzip der sozialistischen Gesetzlichkeit nicht zu vereinbaren und führt dazu, daß anstelle einer an Staats- und Parteiwillen orientierten Auslegung eine tatsächlich im DDR-Recht nicht vorhandene rechtsstaatliche Auslegung tritt. Auf dieser Grundlage kommt der BGH zwangsläufig zu einem falschen Ergebnis.<sup>253</sup> Für § 27 DDR-GrenzG bedeutet dies letztlich, daß trotz vergleichbarem Wortlaut mit Vorschriften der Bundesrepublik der Inhalt nicht unbedingt identisch ist.

---

<sup>249</sup> Mampel, Art. 19 DDR-Verfassung, Rdn. 53

<sup>250</sup> DDR-GBl. 1974 I, 457

<sup>251</sup> vgl. Buchner, S. 146 ff.

<sup>252</sup> Laskowski, JA 1994, 151, 154

<sup>253</sup> ebenso Amelung, JuS 1993, 637, 639; Dannecker, Jura 1994, 585, 592; Günther, StV 1993, 18, 23; Gropp, NJ 1996, 393, 395; Alexy, Mauerschützen, S. 10 ff.; Pawlik, GA

#### **4. Strafbarkeit der Mauerschützen unter Anwendung der Auslegungsmethoden und – prinzipien der DDR**

Die DDR Ideologie betrachtete den Wunsch von DDR-Bürgern die DDR zu verlassen als existentielle Bedrohung ihrer Wertmaßstäbe und Ziele. Um ein wirtschaftliches „Ausbluten“ der DDR zu verhindern, unternahm die Regierung der DDR größte Anstrengungen Republikfluchten zu verhindern. Diese gingen so weit, daß die Grenzposten angewiesen wurden Grenzdurchbrüche mit allen Mitteln zu verhindern. Unter Zugrundelegung der vorangegangenen Feststellungen zu den Auslegungsmethoden und -prinzipien in der DDR<sup>254</sup> ist die vom BGH<sup>255</sup> festgestellte Anwendungspraxis des § 27 DDR-GrenzG in der Weise, daß in Konfliktfällen zwischen der Vorgabe menschliches Leben zu schonen und gleichzeitig Grenzübertritte zu verhindern, der Fluchtverhinderung den Vorrang eingeräumt wurde, durchaus in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung der DDR zu sehen. Eine derartige Auslegung von § 27 DDR-GrenzG berücksichtigte und unterstützte die seitens der DDR-Führung vorgegebene Art und Weise der Grenzsicherung, indem den Mauerschützen als notwendigen Ausführungsorganen im System der Grenzsicherung der DDR eine Rechtfertigungsvorschrift „zur Verfügung gestellt wird.“

Zumindest diejenigen Mauerschützen, die - wie im ersten Mauerschützenurteil des BGH<sup>256</sup> - gezielte Schüsse als letztes Mittel zur Fluchtverhinderung eingesetzt haben, waren somit nach § 27 DDR-GrenzG, so wie er in der DDR ausgelegt wurde, gerechtfertigt.

### **III. Strafbarkeit mittels Anwendung der Radbruchschen Formel**

Der Versuch des BGH mittels IPBPR und mittels Auslegung des DDR-Rechts nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen eine positive Rechtslagen

---

1994, 472, 478; Laskowski, JA 1994, 151, 154; Frommel, S. 82; Rosenau, S. 184 ff.; Buchner, S. 146 ff.;

<sup>254</sup> s.o. D.II.3.

<sup>255</sup> BGH NJW 1993, 141, 143 f.; s.o. C.II.1.a)

<sup>256</sup> BGH NJW 1993, 141 ff.; s.o. C.II.1.

nach DDR-Recht zu konstruieren, derzufolge sich die Mauerschützen schon nach DDR-Recht ohne Zuhilfenahme naturrechtlicher Argumente strafbar gemacht hätten, ist fehlgeschlagen.<sup>257</sup> Obwohl der BGH sich zunächst mit dem verfehlten Versuch einer rechtsstaatlichen Auslegung von § 27 DDR-GrenzG die Mühe gemacht hat die Strafbarkeit der Mauerschützen nach DDR-Recht ohne Zuhilfenahme übergesetzlicher Maßstäbe nachzuweisen, verzichtet der BGH schon in seinem ersten Mauerschützenurteil schließlich nicht gänzlich auf naturrechtliche Überlegungen; wohl zur Stützung des Arguments, wonach die tödlichen Schüsse gemäß dem richtig ausgelegten DDR-Recht strafbar waren, wird ausgeführt:

„Nichts anderes könnte im übrigen gelten, wenn ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, der gleich gewichtigen Einwendungen ausgesetzt ist, überhaupt keiner Auslegung zugänglich wäre, die sich an den Menschenrechten orientiert.“<sup>258</sup> Das soll also heißen: Unterstellt, schon die positive Rechtslage hätte sich als ein eindeutiger Verstoß gegen die Menschenrechte erwiesen, so hätte sich am Ergebnis nichts geändert, da eine solche Norm von vornherein nichtig gewesen wäre.

Noch deutlicher verläßt der BGH „positivrechtlichen Boden“ als ein Grenzvorfall zur Entscheidung vorlag, der sich vor dem Beitritt der DDR zum Internationalen Pakt zugetragen hatte,<sup>259</sup> der BGH prüfte und bejahte einen Verstoß gegen die 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedeten Menschenrechtserklärungen, die ebenfalls das Recht auf Leben (Art. 3) und auf Ausreise (Art. 13 Nr. 2) schützen und stellt offensichtlich auf eine „naturrechtliche Geltung“ der Menschenrechtserklärungen ab.<sup>260</sup> Es geht dem BGH offensichtlich nicht um den Verstoß der Todesschüsse gegen positives und ratifiziertes Völkerrecht, sondern um einen Verstoß gegen Naturrechtssätze, der aus dem Widerspruch zu den Menschenrechtserklärungen gefolgert wird. Dem Einwand, daß die völkerrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen gar nicht inner-

---

<sup>257</sup> s.o. D.I. und II.

<sup>258</sup> BGH NJW 1993, 141, 148; ähnl. BGH NJ 1995, 539, 541;

<sup>259</sup> BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.; s.o. C.II.4

<sup>260</sup> K. Kühl, S. 655; Amelung, NStZ 1995, 29, 30; derselbe GA 1996, 51, 57; Gropp, NJ 1996, 393, 396

staatliches Recht geworden seien, begegnet der BGH mit einem Wechsel von der Gesetzes- auf die Naturrechtswidrigkeit.<sup>261</sup> Bei dieser Betrachtungsweise ist es dann in der Tat gleichgültig, ob und wieweit irgendwelche nationale Transformations- oder Umsetzungsakte völkerrechtlicher Vereinbarungen schon stattgefunden haben oder nicht.<sup>262</sup>

Nachdem im ersten Mauerschützenurteil noch unklar blieb, ob der BGH naturrechtlich argumentiert bzw. die Radbruchsche Formel anwendet oder nicht, wird schließlich mit Urteil vom 20.03.1995<sup>263</sup> ausgeführt, daß der zuständige Strafsenat „bei den tödlichen Schüssen an der innerdeutschen Grenze aus einer Gesamtwertung des Grenzregimes“ einen „extremen Ausnahmefall,“ der im Sinne der Radbruchschen Formel „zu einer Unverbindlichkeit eines Rechtfertigungsgrundes führt, hergeleitet hat.“<sup>264</sup> Damit bekennt sich der BGH offensichtlich zur Radbruchschen Formel und zur Erfüllung ihrer Voraussetzungen und interpretiert auch schon die ersten Entscheidungen als (in Wahrheit gemeinte Anwendung) dieser Formel.<sup>265</sup> Unklar bleibt dabei das Verhältnis der Radbruchschen Formel zu den vom BGH behaupteten Völkerrechtsverstößen. Der BGH könnte dahingehend interpretiert werden, daß er die Radbruchsche Formel durch völkerrechtlich geschützte Menschenrechte konkretisiert habe. Dafür spricht die Formulierung des BGH, es seien heute zur Radbruchschen Formel im Hinblick auf internationale Menschenrechtspakte „konkrete Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen.“<sup>266</sup> Dann drängt sich aber die Frage auf, warum der BGH zunächst auf eine vermeintliche innerstaatliche Verpflichtung der DDR zur Einhaltung der Menschenrechtspakte<sup>267</sup> und später (unabhängig von einer innerstaatlichen Umsetzung der Pakte) auf etwaige Bekenntnisse der DDR zu deren Einhaltung<sup>268</sup> abstellt. Denn eine dogmatisch auf naturrechtlicher Ebene einzuordnende Konkretisierung der Radbruchschen Formel stünde

---

<sup>261</sup> Gropp, NJ 1996, 393, 396

<sup>262</sup> vgl. BGH NJ 1995, 539, 541

<sup>263</sup> BGH NJ 1995, 539 ff.; s.o. C.II.6.

<sup>264</sup> BGH NJ 1995, 539, 540

<sup>265</sup> Frisch, S. 139

<sup>266</sup> BGH NJW 1993, 141, 144 f.; s.o. C.II.1.b)

<sup>267</sup> vgl. BGH NJW 1993, 141, 145 f.; s.o. C.II.1.c)

<sup>268</sup> vgl. BGH NJ 1995, 539, 541; s.o. C.II.6.b)

zumindest nicht zwangsläufig in Abhängigkeit von etwaigen staatlichen Bekenntnissen.

Außerdem bleibt – trotz ausdrücklicher Bemühung um eine diesbezügliche Klarstellung<sup>269</sup> – das Verhältnis der vom BGH „angewandten Grundsätze der Radbruchschen Formel zu den Prinzipien der menschenrechtsfreundlichen Auslegung“ unklar. Der BGH behauptet die Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel und bekräftigt anschließend seine fragliche Auffassung,<sup>270</sup> „daß in dem geschriebenen Recht der DDR Möglichkeiten einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung angelegt waren“ und deshalb eine Rechtfertigung der Mauerschützen schon bei richtig ausgelegtem DDR-Recht nicht bestanden habe. Insofern scheint der BGH die unter Heranziehung der Radbruchschen Formel festgestellte Unwirksamkeit etwaiger Rechtfertigungsgründe hilfsweise positivrechtlich begründen zu wollen.

Im Ergebnis ist festzuhalten:

Eine Strafbarkeit der Mauerschüsse läßt sich nicht ausschließlich mit positivistischen Argumenten, sondern nur unter Heranziehung überpositiver Geltungsmaßstäbe begründen. So läßt sich unter Berufung auf überpositiv gültige Menschenrechtserklärungen § 27 DDR-GrenzG für nichtig erklären und somit ein bei positivrechtlicher Betrachtung vorhandener Rechtfertigungsgrund beseitigen.

Wie bisher dargelegt beschreibt der BGH diesen Weg aber nur unklar und quasi hilfsweise. Der Sache nach läßt sich aber eine Strafbarkeit nur darauf stützen, daß die praktische Handhabung des § 27 DDR-GrenzG mit fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien in Widerspruch stand und deshalb als nichtig anzusehen ist. Dies entspricht letztlich dem Inhalt der Radbruchschen Formel und der Annahme von Naturrecht.<sup>271</sup> Soweit der BGH den Versuch unternommen hat eine Strafbarkeit der Mauerschützen ohne Anwendung der Radbruchschen Formel zu begründen hat sich gezeigt, daß

---

<sup>269</sup> vgl. BGH NJ 1995, 539, 541

<sup>270</sup> s.o. D.II.

<sup>271</sup> so auch H. Dreier, JZ 1997, 421, 427

nur unter Zugrundelegung der Radbruchschen Formel eine Rechtfertigung der Mauerschützen durch § 27 DDR-GrenzG „zu vermeiden“ ist.

#### **IV. Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel auf die Mauerschützenfälle**

Bisher ist lediglich festgestellt worden, daß eine Strafbarkeit der Mauerschützen nur mittels Verwerfung eines im DDR-Recht auffindbaren Rechtfertigungsgrundes in Anwendung der Radbruchschen Formel in Betracht kommt. Damit ist noch nicht geklärt, ob die Radbruchsche Formel vorliegend überhaupt anwendbar ist. Da die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden kann<sup>272</sup> stellt sich im Unterschied zu den Urteilen zu NS-Verbrechen<sup>273</sup> die Frage, ob die Mauerschüsse bzw. die praktische Handhabung des § 27 DDR-GrenzG überhaupt im Sinne der Radbruchschen Formel ein „so unerträgliches Maß zur Gerechtigkeit erreicht, daß es als ´unrichtiges Recht´ der Gerechtigkeit zu weichen hat“<sup>274</sup> und somit als extremes Unrecht anzusehen ist.

##### ***1. Verstoß gegen völkerrechtliche Normen als extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel***

Denkbar wäre ein extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel aus einem Verstoß gegen völkerrechtliche Normen zu folgern. Internationale Menschenrechtsstandards könnten so als Konkretisierung der Radbruchschen Formel herangezogen werden. Wie bereits erwähnt könnte seitens des BGH eine derartige Begründungsabsicht aus der Formulierung gefolgert werden, es seien heute zur Radbruchschen Formel im Hinblick auf internationale Menschenrechtspakte „konkrete Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen.“<sup>275</sup> Es entspricht durchaus der Idee Radbruchs, daß sich in

---

<sup>272</sup> vgl. BGH NJW 1993, 141, 144 f.

<sup>273</sup> s.o. B.I. und II.

<sup>274</sup> vgl. den Wortlaut der Radbruchschen Formel s.o. A.I.1.

<sup>275</sup> BGH NJW 1993, 141, 144 f.; s.o. C.II.1.b)

Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte im Lauf der Jahrhunderte mit so weitreichender Übereinstimmung ein fester Bestand an Natur- und Vernunftrechten herausgearbeitet hat, daß „in Hinsicht auf manche von Ihnen nur noch gewollte Skepsis Zweifel aufrecht erhalten kann.“<sup>276</sup> Radbruch läßt aber auch selbst anklingen, daß nur manche der Menschen- und Bürgerrechte dem Zweifel entzogen sind und nur diese Geltungsvor- rang gegenüber positivem Recht beanspruchen können. Für eine etwaige Konkretisierung der Radbruchschen Formel sind daher allenfalls offen- sichtliche Verstöße gegen universell anerkannte Menschenrechte von Re- levanz. Würde die Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel allein von einem Verstoß gegen irgendwelche Völkerrechtsnormen abhängig ge- macht, hätte dies zur Folge, daß ein Staat nicht mehr frei darüber ent- scheiden kann, ob er einem Pakt beitreten will oder nicht.<sup>277</sup> Außerdem wäre der Bürger in seiner Position gegenüber dem strafenden Staat in be- denklicher Weise betroffen<sup>278</sup> und überdies bliebe der Ausnahmecharakter der Radbruchschen Formel unberücksichtigt.

Im folgenden soll geprüft werden, ob der Einsatz der Schußwaffe gegen fliehende DDR-Bürger und damit die Anwendung des § 27 DDR-GrenzG derart gegen universell anerkannte Menschenrechte verstoßen hat, daß daraus eine Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel gefolgert werden kann.

### **a) Verstoß gegen die Ausreisefreiheit im Völkerrecht**

Die Ausreisefreiheit richtet sich zwar nicht direkt gegen den Schußwaffen- einsatz. Mit der Überlegung, der Schußwaffeneinsatz dürfe keiner völker- rechtswidrig verweigerten Ausreisegenehmigung dienen, läßt sich aber auch mit dem Verstoß gegen die Ausreisefreiheit eine Völkerrechtswidrig- keit des Schußwaffengebrauchs begründen.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie („Fünf Minuten Rechtsphilosophie“), S. 336

<sup>277</sup> vgl. Amelung, NStZ 1995, 29, 30

<sup>278</sup> Gropp, NJ 1996, 393, 396

<sup>279</sup> Rosenau, S. 138

Das Recht auf Ausreise aus dem eigenen Land ist in Art. 12 IPBPR und Art. 13 Nr. 2 AEMR kodifiziert.<sup>280</sup> Außerdem enthalten eine ganze Reihe internationaler Erklärungen und Verträge universeller und regionaler Art Garantien der Ausreisefreiheit.<sup>281</sup> Hierzu gehören Art. 5 Ziff. d) ii) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966,<sup>282</sup> Art. 2 Abs. 2 des 4. Zusatzprotokolls von 1963 zur Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (EMRK),<sup>283</sup> Art. 22 Abs. 2 Amerikanische Konvention der Menschenrechte vom 22.11.1969 (AMRK),<sup>284</sup> Art. 12 Abs. 2 S. 1 der Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker vom 22.11.1969 (AfCRMV),<sup>285</sup> Korb 3 der KSZE-Schlußakte von Helsinki.<sup>286</sup> Nach allgemeiner Ansicht<sup>287</sup> kommt der Ausreisefreiheit nach dem heutigen Stand des Menschenrechtsschutzes sowohl aufgrund der Vertragspraxis als auch aus Gründen der tatsächlichen Praxis der Staaten jedoch noch nicht der Charakter einer universell anerkannten Norm zu; noch weniger kann es als „ius cogens“ gem. Art. 53 der Wiener Konventionen<sup>288</sup> bezeichnet werden.

Der BGH vertrat die Auffassung, die DDR habe mit ihrem Grenzregime gegen das von der DDR selbst anerkannte Recht auf Ausreise in Art. 12 IPBPR und Art. 13 AEMR verstoßen, weil den Bewohnern der DDR das Recht auf freie Ausreise nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in aller Regel vorenthalten wurde.<sup>289</sup> Diese Auffassung ist durchaus umstritten: Die Ausreisefreiheit gem. Art. 12 Abs. 3 IPBPR enthält eine Schrankenklausele. Ohne diese Schrankenklausele auch nur zu zitieren schließt sich der BGH einer Literaturmeinung an, nach der Einschränkungen die Ausnahme und

---

<sup>280</sup> vgl. BGH NJW 1993, 141, 145 f.; s.o. C.II.1.c); BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.; s.o. C.II.4.

<sup>281</sup> vgl. Buchner, S. 206 f.

<sup>282</sup> abgedruckt bei Meron, S. 316 ff.

<sup>283</sup> BGBl. 1968 II, 423

<sup>284</sup> abgedruckt in International Legal Materials (ILM) 1970, 673

<sup>285</sup> abgedruckt in ILM 1982, 59

<sup>286</sup> abgedruckt in EuGRZ 1989, 92 ff.

<sup>287</sup> Ott, NJ 1993, 337, 341 und Buchner, S. 209 mit weiteren Nachweisen

<sup>288</sup> BGBl. 1985 II, 926

<sup>289</sup> BGH NJW 1993, 141, 145 f.; s.o. C.II.1.c); BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.; s.o. C.II.4.

nicht die Regel sein sollten.<sup>290</sup> Jedoch findet sich auch in der westlichen Literatur die Auffassung, aufgrund der Ausnahmeregelung des Art. 12 Abs. 3 IPBPR könne das Ausreiserecht auf Null reduziert werden.<sup>291</sup> Aufgrund der Schrankenklausele des Art. 12 Abs. 3 IPBPR (eine vergleichbare Schrankenklausele findet sich in Art. 13 Nr. 2 AEMR i.V.m. Art. 29 Nr. 2 AEMR) darf die Ausreisefreiheit zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer gesetzlich eingeschränkt werden, wenn diese Einschränkungen mit den übrigen in diesem Pakt anerkannten Rechten vereinbar sind. Es versteht sich fast von selbst, daß die DDR ihr Grenzregime im Einklang mit dieser Schrankenklausele gesehen hat.<sup>292</sup> Nachdem in Art. 1 Abs. 1 IPBPR das Selbstbestimmungsrecht der Völker verankert worden war und ohnehin die IPPBR ein Vereinbarungskompromiß zwischen Staaten unterschiedlicher Gesellschaftsordnung darstellt, dürfte im Falle der DDR deren Berufung auf die nationale Sicherheit aufgrund der Gefährdung durch Abwanderung nicht leicht zu widerlegen sein.<sup>293</sup>

Somit ist die Ausreisefreiheit nicht durch universell anerkannte völkerrechtliche Normen gewährleistet. Zum anderen ist eine Unvereinbarkeit der DDR-Grenzregelung selbst mit dem IPBPR und den AEMR nicht unumstritten. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel sind völkerrechtliche Bestimmungen über die Ausreisefreiheit daher wenig ergiebig.

---

<sup>290</sup> BGH NJW 1993, 141, 145 unter Bezugnahme auf Hannum, Hurst „The Right to leave and return in International Law and Practise“- Dordrecht, Boston, Lancaster 1987

<sup>291</sup> Ott, NJ 1993, 337, 342; Ipsen, S. 646

<sup>292</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 17 ff.

<sup>293</sup> Ott, NJ 1993, 337, 342; Roggemann, DtZ 1993, 10, 18; Alexy, Mauerschützen, S. 17 ff.

## b) Verstoß gegen das völkerrechtliche Recht auf Leben

Neben dem von der DDR selbst anerkannten Recht auf Leben in Art. 6 IPBPR und Art. 3 AEMR<sup>294</sup> ist das Recht auf Leben in Art. 2 EMRK,<sup>295</sup> Art. 4 AMRK, Art. 4 AfCRMV, Art. 1 der Amerikanischen Menschenrechtsdeklaration von 1948<sup>296</sup> und Art. 1 der Islamischen Menschenrechtsdeklaration<sup>297</sup> garantiert. Das Rechts auf Leben gehört im Gegensatz zum Recht auf Ausreise zu den völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Menschenrechten und in seiner elementaren Form zum „ius cogens.“<sup>298</sup> Die großen Menschenrechtskodifikationen schützen jedoch das Recht auf Leben nicht durch ein absolut formuliertes Verbot sondern verwenden den ausfüllungsbedürftigen Begriff der Willkür. Dementsprechend lautet Art. 6 Abs. 1 S. 2 IPBPR: Niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden. Über den Inhalt dieser Einschränkung besteht im Hinblick auf den Rechtsbegriff der Willkür derzeit keine Einigkeit.<sup>299</sup> Ebenso enthält Art. 2 Abs. 2 EMRK eine Reihe von Ausnahmetatbeständen, in denen die Tötung dann zulässig sein soll, wenn sie sich aus einer unbedingt notwendigen Gewaltanwendung zur Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung, zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Festnahme bzw. Fluchtverhinderung einer derart festgenommenen Person sowie zur Unterdrückung von Aufruhr und Aufstand ergibt. Auf diese konkreter gefaßten Einschränkungen des Tötungsverbots wird teilweise zur Konkretisierung des Rechtsbegriffs der Willkür verwiesen.<sup>300</sup> Allerdings wird diese Konkretisierung nur dergestalt akzeptiert, daß dadurch lediglich festgelegt sei, was *nicht* als eine willkürliche Tötung anzusehen ist.<sup>301</sup> Schließlich wird die Auffassung vertreten, es könne letztlich aus dem im Völkerrecht normier-

---

<sup>294</sup> vgl. BGH NJW 1993, 141, 145 f.; BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.; s.o. C.II.1.c) und C.II.4.

<sup>295</sup> BGBl. 1952 II, 686

<sup>296</sup> Deutsche Übersetzung in Amnesty International, S. 179 ff.

<sup>297</sup> abgedruckt in Ermacora, S. 409 ff.

<sup>298</sup> vgl. Buchner, S. 204 f.

<sup>299</sup> Laskowski, JA 1994, 151, 160; Buchner, S. 226/228 f.; Krajewski, JZ 1997, 1054, 1055; Rosenau, S. 135; Amelung, JuS 1993, 637, 641; Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 182 f.; Ott, NJ 1993, 337, 342

<sup>300</sup> Buchner, S. 227

<sup>301</sup> Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 183; Rosenau, S. 135; Dinstein, S. 118 f.

ten Recht auf Leben nicht mehr abgeleitet werden als das Verbot die Tötung von Menschen als Teil der staatlichen Politik zu praktizieren, zu ermutigen oder zu billigen.<sup>302</sup> Dieser Grundsatz untersage eine systematisch betriebene Politik der Tötung von Menschen, sei jedoch nicht präzise genug, um konkrete Schranken für den Schußwaffengebrauch öffentlicher Amtsträger setzen zu können.<sup>303</sup>

Angesichts dieses Befundes ist die Rechtsauffassung des BGH,<sup>304</sup> der Schußwaffengebrauch durch die Grenztruppen habe sowohl gegen das in Art. 6 IPBPR als auch das in Art. 3 AEMR garantierte Recht auf Leben verstoßen, zumindest fraglich.

Ein offensichtlicher Verstoß gegen das Recht auf Leben dergestalt, daß daraus eine Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel gefolgert werden kann, ist nicht festzustellen.

### **c) Zwischenergebnis**

Es hat sich gezeigt, daß der Einsatz der Schußwaffe gegen fliehende DDR-Bürger und damit die Anwendung des § 27 DDR-GrenzG nicht derart gegen universell anerkannte Menschenrechte verstoßen hat, daß daraus eine Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel gefolgert werden kann.

Versteht man den BGH – der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts folgend – dahingehend, daß dieser den IPBPR und die AEMR zur Konkretisierung der Radbruchschen Formel herangezogen hat, so ist das Vorgehen des BGH in zweifacher Hinsicht zu kritisieren:

(1) Allein ein ohnehin zweifelhafter Verstoß gegen den IPBPR oder die AEMR wäre nicht geeignet eine naturrechtliche Negierung positiver Rechtssätze zu bejahen, da ein Staat nicht mehr autonom über seinen Beitritt zu einem Pakt entscheiden könnte. Eine derartige Vorgehensweise ist nur bei eklatanten Verstößen gegen universell anerkannte Menschenrechte in Betracht zu ziehen.

---

<sup>302</sup> Ott, NJ 1993, 337, 342

<sup>303</sup> Ott, NJ 1993, 337, 342; Rosenau, S. 136; Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 182

<sup>304</sup> BGH NJW 1993, 141, 145 f.; BGH NJW 1994, 2708, 2709 f.; s.o. C.II.1.c) und C.II.4.

(2) Soweit Menschenrechtspakte zur naturrechtlichen Negierung positiver Rechtssätze herangezogen werden, ist mehr als nur der IPBPR oder die AEMR zu untersuchen. Der BGH sah sich offensichtlich aufgrund von Verpflichtungserklärungen der DDR zur Respektierung dieser beiden Menschenrechtskodifikationen veranlaßt, gerade deren Einhaltung zu überprüfen. Eine Abhängigkeit von derartigen staatlichen Bekenntnissen zur Begründung einer Naturrechtswidrigkeit ist aber nicht ersichtlich,<sup>305</sup> so daß das Abstellen des BGH auf diesen Gesichtspunkt dogmatisch nicht nachvollziehbar ist.

## ***2. Gesamtwertung der Anwendungspraxis von § 27 DDR-GrenzG als extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel***

### **a) DDR als Unrechtsstaat**

Der Einigungsvertrag<sup>306</sup> spricht in Art. 17 S. 2 von der Rehabilitierung der Opfer des „SED-Unrecht-Regimes.“ Damit greift der Einigungsvertrag die gebräuchlich gewordene Formulierung auf, die DDR - ebenso wie schon zuvor das Naziregime - als „Unrechtsstaat“ zu bezeichnen.<sup>307</sup> Ausgehend davon, daß in einem Unrechtsstaat konstitutive Merkmale der Rechtsstaatlichkeit<sup>308</sup> im Sinne von effektiver Gewährleistung von Menschen- und Bürgerrechten, Gewaltenteilung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit der Gerichte, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Machttäußerungen fehlen, könnte in Erwägung gezogen werden allein deshalb DDR-Rechtsnormen in Anwendung der Radbruchschen Formel die Geltungskraft abzuspochen.

Die Infragestellung eines staatlich organisierten Normensystems als Ganzem liegt zwar nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Radbruchschen Formel.<sup>309</sup> Für eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Rad-

---

<sup>305</sup> vgl. auch Frisch, S. 140 f.

<sup>306</sup> Einigungsvertrag vom 31.08.1990, BGBl. 1990 II, 885 ff.

<sup>307</sup> vgl. z.B. R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 58; Wassermann, NJW 1994, 2152, 2153

<sup>308</sup> vgl. R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 58 f.

<sup>309</sup> so aber Saliger, S. 18

bruchschen Formel auf die Entlegitimierung von Einzelnormen bzw. einzelnen Normkomplexen besteht kein Anlaß. Jedoch gebietet die Radbruchsche Formel jede einzelne Rechtsnorm auf ihren Unrechtsgehalt hin zu überprüfen, da ihrem Inhalt zufolge im Hinblick auf den grundsätzlichen Vorrang der Rechtssicherheit nur extrem ungerechten Normen die Rechtsgeltung zu versagen ist. Die Geltung einer Rechtsnorm wird daher nicht allein deshalb in Frage gestellt, weil sie einem Unrechtsstaat angehört. Praktisch wird kaum ein Unrechtsstaat denkbar sein dessen sämtliche Normen in den Anwendungsbereich der Radbruchschen Formel fallen. So gesehen sind sowohl im Dritten Reich als auch in der DDR rechtsverbindliche Kaufverträge und gültige Ehen geschlossen worden.<sup>310</sup> Somit ergibt sich allein aus einer Einstufung der DDR als Unrechtsstaat nichts für die Frage, ob die Anwendungspraxis des § 27 DDR-GrenzG als extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel einzustufen ist.<sup>311</sup>

## **b) Vergleichbarkeit mit NS-Verbrechen**

Teilweise wird gegen eine Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel auf die Mauerschützenfälle eingewandt, daß die Schießpraxis an der innerdeutschen Grenze nicht den Unrechtsgehalt der NS-Verbrechen erreiche und deshalb nicht in den Anwendungsbereich der Radbruchschen Formel falle.

### *aa) keine willkürliche Ungleichbehandlung*

Es wird darauf hingewiesen, daß die nationalsozialistischen Maßnahmegesetze jüdische Bürger und andere Menschen per definitionem aus der deutschen Volksgemeinschaft ausschlossen und sie rechtlos stellten indem ihnen der Status als Rechtssubjekt gänzlich aberkannt wurde. Dagegen habe das Grenzregime der DDR nicht die Rechtsgemeinschaft einer durch

---

<sup>310</sup> R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 59

<sup>311</sup> im Ergebnis ebenso Buchner, S. 159; R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 59

ihre Rassenzugehörigkeit von Geburt an determinierten Personengruppe in Frage gestellt. Die Sanktionierung des unerlaubten Grenzübertritts durch § 213 DDR-StGB habe den flüchtenden oder fluchtwilligen DDR-Bürgern nicht die generelle Anerkennung als Rechtssubjekt versagt, da Anknüpfungskriterium der Strafnorm ausschließlich der Fluchtwille und die Fluchthandlung gewesen sei.<sup>312</sup> Dieses Anknüpfungskriterium sei zwar autoritär und nach demokratischem Verständnis verwerflich. Weil aber aus Sicht der DDR sachliche Gründe dafür sprachen, eine Abwanderungswelle von DDR-Bürgern in die prosperierende Bundesrepublik zu verhindern und die politische Realität des Ost-West-Konflikts sowie die sowjetischen Vorgaben die strikte Grenzschießung unumgänglich machten, sei keine willkürliche Ungleichbehandlung gegeben.<sup>313</sup>

#### *bb) Möglichkeit systemkonformen Verhaltens*

Weiter wird darauf hingewiesen, daß die DDR-Flüchtlinge im Unterschied zu den jüdischen Bürgern, denen ihre Rassenzugehörigkeit keine eigene Entscheidung bezüglich eines systemkonformen Verhaltens ließ, eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber treffen, welches Risiko sie in der Opposition zu dem bestehenden System einzugehen bereit waren.<sup>314</sup> Außerdem wird ein moralischer Unterschied hinsichtlich dessen ausgemacht, ob ein Mensch – wie im Dritten Reich – seiner Glaubenszugehörigkeit wegen getötet wurde oder weil er versuchte, ohne behördliche Erlaubnis die DDR-Grenze zu überwinden.<sup>315</sup>

#### *cc) Zwischenergebnis*

Sicherlich sind die Schüsse an der innerdeutschen Grenze sowohl im Hinblick auf die Art der Ungleichbehandlung als auch aufgrund der Möglichkeit

---

<sup>312</sup> Loré, S. 182

<sup>313</sup> Arnold/M. Kühl, JuS 1992, 991, 995; Loré, S. 182

<sup>314</sup> Loré, S. 182 f.

<sup>315</sup> R. Dreier, ZG 1993, 300, 309; derselbe, Juristische Vergangenheitsbewältigung, S. 33

systemkonformen Verhaltens nicht mit dem NS-Massenmord gleichzusetzen. Insbesondere kann der DDR nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie hätte wie der NS-Staat in bloßer Willkür durch glaubensdiskriminierende Rechtsvorschriften Menschen die Menschenqualität abgesprochen. Dem Grenzregime der DDR lag wenigstens die Absicht der Systemerhaltung durch Verhinderung eines wirtschaftlichen Ausblutens der DDR zugrunde.<sup>316</sup> Auf eine Bewertung dieser „Rechtfertigung“ wird noch einzugehen sein. Aus dem Vergleich mit den NS-Verbrechen kann jedoch nicht gefolgert werden, daß deshalb vorliegend kein extremes Unrecht im Sinne der Radbruchschen Formel anzunehmen ist.

### **c) Schußwaffenbestimmungen in der Bundesrepublik**

Gegen die Annahme extremen Unrechts wird weiter vorgebracht, daß auch an der Grenze der Bundesrepublik nach den Vorschriften von § 11 UZwG geschossen werden darf. Nach § 11 UZwG darf ein Vollzugsbeamter im Grenzdienst von der Schußwaffe Gebrauch machen, wenn sich eine Person der wiederholten Weisung zu halten oder sich oder mitgeführte Sachen überprüfen zu lassen, durch die Flucht zu entziehen versucht. Wer sich also im Grenzgebiet einer Kontrolle entzieht, auf den dürfe geschossen werden.<sup>317</sup> An der Härte dieses Gesetzes ändere auch der nach dem Recht der Bundesrepublik geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht viel. In diesem Zusammenhang wird auch auf den Fall eines vom BGH<sup>318</sup> im Jahre 1988 freigesprochenen bundesdeutschen Zollbeamten hingewiesen, der aus 100 Metern in der Dunkelheit auf einen flüchtenden Motorradfahrer nebst Beifahrer geschossen und diesen verletzt hatte.<sup>319</sup> Der Motorradfahrer war einer Kontrolle durch ein auffälliges Wendemanöver ausgewichen und hatte auf zwei Warnschüsse nicht reagiert. Der BGH erklärte dazu: Wenn ein Fliehender in Kauf nehme, daß auf ihn geschossen wird, so

---

<sup>316</sup> vgl. Speidel, S. 204

<sup>317</sup> Grünwald, StrV 1991, 31, 37

<sup>318</sup> BGHSt 35, 379 ff.

<sup>319</sup> Grünwald, StrV 1991, 31, 37; H. Dreier, JZ 1997, 421, 439

sei das ein Indiz dafür, daß er einen schwerwiegenden gesetzwidrigen Grund zur Flucht habe. Von einer Einschränkung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bleibe kaum etwas übrig, da sich das Schießen auf einen Flüchtigen damit legitimieren lasse, daß dieser Schüsse auf ihn in Kauf genommen habe.<sup>320</sup>

Ungeachtet etwaiger Bedenken gegen diese vom 3. Strafsenat des BGH anlässlich des Motorradfahrerfalls vorgenommene Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips,<sup>321</sup> - auch der 5. Strafsenat des BGH hat in seinem ersten Mauerschützenurteil angesichts der besonderen Gefährlichkeit des Schußwaffengebrauchs gegen Menschen gefordert, diesen auch im Grenzgebiet (§ 11 UZwG) auf die Verteidigung von Menschenleben zu beschränken<sup>322</sup> - läßt sich nicht schon allein mit der zweifelhaften Anwendung des § 11 UZwG in der Bundesrepublik auf die Geltungskraft ähnlicher DDR-Vorschriften schließen. Eine Parallele kann zwar insofern gezogen werden, daß auch in der Bundesrepublik an der Grenze nicht nur zur Verteidigung von Menschenleben geschossen werden darf. Im Gegensatz zu den Schußwaffengebrauchsbestimmungen der DDR sind jedoch diejenigen der Bundesrepublik weder geeignet Republikfluchten zu verhindern, noch bestehen in der Bundesrepublik mit der DDR vergleichbare Ausreisereglementierungen. Der Einsatz der Schußwaffe zur Verhinderung eines „unerlaubten Grenzübertritts“ liegt daher in faktischer Hinsicht nicht in einem mit den Schußwaffengebrauchsbestimmungen der Bundesrepublik vergleichbaren Anwendungsbereich.

#### **d) Ausreisefreiheit in der Bundesrepublik**

Bei der Bewertung des Grenzregimes der DDR wird zu bedenken gegeben, daß in der Bundesrepublik zwar praktisch eine kaum begrenzte Ausreisefreiheit herrscht, aber § 7 Abs. 1 Nr. 1 PaßG vorsieht, bei Gefährdung „er-

---

<sup>320</sup> Grünwald, StrV 1991, 31, 37

<sup>321</sup> vgl. Frowein, S. 114; Köhler, S. 108

<sup>322</sup> BGH NJW 1993, 141, 146

heblicher Belange der Bundesrepublik“ einem Bürger die Ausreise zu versagen.<sup>323</sup>

Hinzu kommt, daß nicht einmal das Grundgesetz ein Grundrecht der Ausreisefreiheit enthält und dies auf der bewußten Entscheidung der Verfassungsgeber beruht,<sup>324</sup> die Möglichkeit offen zu halten, einer Gefahr der Abwanderung von Arbeitsfähigen mit gesetzlichen Reglementierungen entgegenzutreten zu können.<sup>325</sup>

Ausgehend davon, daß somit eine Einschränkung der Ausreisefreiheit im Interesse der Staatsbevölkerung auch vom Grundgesetz für vertretbar angesehen wird, kann dem Grenzregime der DDR unter diesem Gesichtspunkt nur im Hinblick auf die Motivation für die Beschränkung der Ausreise und deren Durchsetzung ein Unwerturteil ausgesprochen werden.

#### **e) Toleranz gegenüber der DDR**

Gegen eine Klassifizierung des Grenzregimes der DDR als extremes Unrecht könnte eingewandt werden, daß seinerzeit weder von der internationalen Staatengemeinschaft noch von der Bundesrepublik die Grenzvorfälle mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln angeprangert und mit Sanktionen gegen die DDR bekämpft wurden.<sup>326</sup> Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß zum einen westdeutsche Politiker gegenüber DDR-Politikern Kritik an der Grenzsicherung der DDR geübt haben,<sup>327</sup> und zum anderen die Politik der Bundesrepublik und der internationalen Staatengemeinschaft gegenüber der DDR kaum Rückschlüsse darauf zuläßt, ob die Todesschüsse an der Mauer als extremes Unrecht anzusehen sind.

---

<sup>323</sup> Grünwald, StrV 1991, 31, 37

<sup>324</sup> vgl. BVerfGE 6, 32, 34 f.

<sup>325</sup> vgl. Grünwald, StrV 1991, 31, 37 unter Hinweis auf Art. 11 Erl. II 1 e in der Erstbearbeitung des Bonner Kommentars von Wernicke

<sup>326</sup> vgl. Dreier, JZ 1997, 421, 430

<sup>327</sup> vgl. die im Urteil des LG Berlin vom 25.8.1997 – (527) 25/2 Js 20/92 Ks (1/95) Blatt 122 ff. der Urteilsausfertigung zitierten Äußerungen Honeckers auf Vorhaltungen Helmut Kohls, Hans-Jochen Vogels und Rudolf Seiters; zitiert nach Rosenau, S. 76

## **f) substantielle Begründung extremen Unrechts**

Allein aus dem Umstand, daß sich Argumente finden, die das Unrecht an der ehemals innerdeutschen Grenze zu relativieren scheinen, könnte man zu der Auffassung neigen, daß kein extremes Unrecht vorgelegen habe. Dagegen ist einzuwenden, daß zwar in der Regel Unrecht um so evidenter ist, je extremer es ist, jedoch diese Regel sowohl durch die Möglichkeit moralischer Blindheit als auch durch die Möglichkeit eines schlichten moralischen Irrtums eingeschränkt wird.<sup>328</sup> Dabei kann moralische Blindheit auf ideologischer Verblendung, verkrusteten Traditionen und Fanatismus beruhen. Moralische Irrtümer finden ihre häufigste Ursache in der Nichtberücksichtigung aller Umstände und in einem unzureichenden Sich-Hineinversetzen in die Lage der Betroffenen. Bei beiden Phänomenen wird deutlich, daß über die Existenz extremen Unrechts letztlich nicht Institutionen oder Evidenzerlebnisse, sondern nur Argumente entscheiden können. In einem rationalen Diskurs können Evidenzen zusammenbrechen, weil sie den dort ins Spiel gebrachten Argumenten nicht standhalten. Was vor einem solchen Diskurs nicht evident war, kann in dem Diskurs evident werden. Als Kriterien für das Vorliegen oder das Nichtvorliegen extremen Unrechts können nur solche Evidenzen und Nichtevidenzen angeführt werden, die sich einer rationalen diskursiven Prüfung aussetzen und ihr standhalten. Folglich kann allein aus der Tatsache, daß über den Unrechtsgehalt der tödlichen Schüsse gestritten wird, noch nicht gefolgert werden, daß kein extremes Unrecht vorgelegen habe. Entscheidend ist allein, ob sich eine solche Einstufung begründen läßt. Hierzu bedarf es einer substantielle Begründung des extremen Unrechts der Todesschüsse an der deutsch-deutschen Grenze:<sup>329</sup>

Dazu ist der normative und faktische Kontext der damaligen Schießpraxis an der ehemaligen DDR-Grenze zu berücksichtigen.<sup>330</sup> Im faktischen Kontext ist zu berücksichtigen, daß eine fast vollständigen Verweigerung

---

<sup>328</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 24

<sup>329</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 27

<sup>330</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 28

der legalen Ausreise für nicht politisch privilegierte Bürger unterhalb des Rentenalters bestand. Die vorwiegend jungen Opfer der Mauerschützen mußten es geradezu als Provokation empfinden, daß man nur Rentner abziehen ließ.

Der normative Kontext bestand in der geradezu willkürlichen Behandlung von Ausreisanträgen, deren Ablehnung bis zum 1. Januar 1989 weder einer Begründung bedurften<sup>331</sup> noch angefochten werden konnten.<sup>332</sup> Wer einen Ausreisantrag gestellt hatte konnte sicher sein, dadurch die staatliche Aufmerksamkeit auf sich gelenkt zu haben und mußte fortan staatliche Repressalien hinnehmen. Sinn und Zweck von alledem war es ein personales und wirtschaftliches Ausbluten der DDR zu verhindern. Nach offizieller Lesart geschah dies in der Absicht, die „entwickelte sozialistische Gesellschaft zu verwirklichen und zu gestalten.“<sup>333</sup> Von der „seit Jahrhunderten diskutierten Gerechtigkeitsidee des Sozialismus.“<sup>334</sup> ließ der real existierende Sozialismus der DDR allerdings nicht mehr viel übrig. Tatsächlich stand hinter dem Grenzregime das Bestreben einzelner Individuen unter dem Deckmantel der sozialistischen Idee eigene Interessen zu verfolgen. Die „gefangenen“ DDR-Bürger standen dabei einem totalitären System gegenüber, in dem über das Ausreiseproblem nicht frei diskutiert werden durfte und überhaupt keine Möglichkeit bestand sich mit Argumenten gegen die Unmöglichkeit des Entfliehens noch gegen die totalitäre Bevormundung zu wehren.<sup>335</sup> Dies alles zusammengenommen erkennt der BGH zutreffend in dem rücksichtslosen Schußwaffengebrauch unter „Hintanstellung des Lebensrecht der Flüchtlinge als auch der besonderen Motive, die Menschen für die Überquerung der innerdeutschen Grenze hatten,“ extremes Unrecht.<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> § 17 PVAO (Anordnung über Paß- und Visaangelegenheiten) vom 28.6.1979 (DDR-GBl. 1979 I, 151) lautet: „Entscheidungen über Anträge auf Aus-, Ein- oder Transitreisen bedürfen keiner Begründung“

<sup>332</sup> Erst mit § 18 der „Verordnung über Reisen von Bürgern der DDR nach dem Ausland“ vom 30.11.1988 (DDR-GBl. I S. 271) wurde das Rechtsmittel der Beschwerde eingeführt

<sup>333</sup> Präambel der DDR-Verfassung

<sup>334</sup> R. Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 65

<sup>335</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 29

<sup>336</sup> BGH NJ 1995, 539, 540 f.; s.o. C.II.6.a)

Somit ist die Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel zu bejahen.<sup>337</sup>

## **V. Konsequenzen der Anwendung der Radbruchschen Formel im Hinblick auf die einzelnen Mauerschützenfälle**

Es wird die Auffassung vertreten, daß eine Anwendung der Radbruchschen Formel auf § 27 DDR-GrenzG zu einer pauschalen Bestrafung auch nicht strafwürdiger Mauerschützen führen würde.<sup>338</sup> Eine Anwendung der Radbruchschen Formel auf § 27 DDR-GrenzG ist jedoch nicht zwangsläufig mit einer Nichtigkeit des kompletten § 27 DDR-GrenzG verbunden; vielmehr folgt aus der Anwendung der Radbruchschen Formel lediglich eine Nichtigkeit von § 27 DDR-GrenzG insofern als durch § 27 DDR-GrenzG extremes Unrecht gedeckt bzw. gerechtfertigt wäre. Soweit § 27 DDR-GrenzG in der Staatspraxis der DDR Schüsse rechtfertigte, die kein extremes Unrecht darstellten, bleibt die rechtfertigende Wirkung des § 27 DDR-GrenzG bestehen.<sup>339</sup> Daraus folgt, daß § 27 DDR-GrenzG den bisherigen Überlegungen zufolge nur insofern nichtig ist, als in der Staatspraxis der DDR § 27 DDR-GrenzG zur Rechtfertigung des oben dargelegten extremen Unrechts<sup>340</sup> herangezogen wurde, also die vorsätzliche Tötung von Menschen für gerechtfertigt angesehen wurde, die lediglich unter Verstoß gegen die Ausreisebestimmungen der DDR die innerdeutsche Grenze Richtung Bundesrepublik überschreiten wollten.

Mauerschützen, die „lediglich“ mit Körperverletzungsvorsatz zur Verhinderung einer Flucht schossen,<sup>341</sup> kann nicht vorgeworfen werden rücksichtslos das Lebensrecht von Menschen zur Verhinderung eines unerlaubten Grenzübertritts mißachtet zu haben. Der Vorwurf „reduziert“ sich in diesen Fällen auf einen Angriff gegen die Gesundheit des Flüchtlings.

---

<sup>337</sup> ebenso z.B. Alexy, Mauerschützen, S. 29 f; Laskowski, JA 1994, 151, 162; Kaufmann, NJW 1995, 81, 84;

<sup>338</sup> Dreier, Festschrift Kaufmann, S. 68

<sup>339</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 33 Fn. 78; Buchner, S. 111 f.

<sup>340</sup> s.o. D.IV.2.f)

<sup>341</sup> BGH NStZ 1993, 488 f.; s.o. C.II.2.

Damit dürfte die Schwelle zum extremen Unrecht nicht überschritten sein, so daß diese Mauerschützen daher gerechtfertigt und nicht - wie vom BGH angenommen<sup>342</sup> - nur entschuldigt sind.

Fraglich ist weiter, ob die Schüsse auf einen flüchtenden bewaffneten Soldaten der Nationalen Volksarmee<sup>343</sup> zu einer von den „normalen“ Mauerschützenfällen abweichenden Bewertung führen. Der BGH ist der Frage, ob die Person des Flüchtenden und dessen Bewaffnung Auswirkungen auf die Beurteilung der Rechtswidrigkeit hat wiederum ausgewichen, indem er das Verhalten des Angeklagten jedenfalls als entschuldigt erachtete.<sup>344</sup> Der BGH hat jedoch angedeutet, daß er die Frage der Bewaffnung für ein möglicherweise entscheidendes Kriterium hält, um die Rechtfertigungswirkung der DDR-Grenzvorschriften abweichend von den „normalen“ Mauerschützenfällen durchgreifen zu lassen. Dieser Überlegung kann nicht entgegengehalten werden, daß eine Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel normtheoretisch und rechtsphilosophisch, nicht aber einzelfallbezogen zu beantworten ist.<sup>345</sup> Die Tatsache, daß die Anwendung der Radbruchschen Formel nicht zwangsläufig die komplette Nichtigkeit einer Norm zur Folge hat, zwingt gerade zu der vom BGH angedachten durchaus fallbezogenen Überlegung, um den Umfang der Nichtigkeit des § 27 DDR-GrenzG zu bestimmen.

Das Mitführen der Schußwaffe und die damit verbundene potentielle Gefährlichkeit, das Entwenden der Waffe gegenüber der Nationalen Volksarmee sowie auch die Tatsache, daß der Flüchtling zur Sicherung der Grenze verpflichtet war, sind Umstände, welche die Flucht nicht nur als „unerlaubten Grenzübertritt“ erscheinen lassen. Insofern hat der Flüchtling im Unterschied zu den normalen Flüchtlingen mehr unternommen als nur aus der ehemaligen DDR zu flüchten. Der Schußwaffengebrauch stellt sich deshalb auch nicht ausschließlich als rücksichtslose „Hintanstellung des

---

<sup>342</sup> BGH NStZ 1993, 488 f.; s.o. C.II.2.

<sup>343</sup> NStZ 1997, 491 f.; s.o. C.II.8.

<sup>344</sup> NStZ 1997, 491, 492.; s.o. C.II.8.

<sup>345</sup> so aber Ambos, NStZ 1997, 492

Lebensrechts“ zur Verhinderung eines unerlaubten Grenzübertritts dar. Damit ist der für die Begründung extremen Unrechts wesentliche Gesichtspunkt nicht mehr ausschließlich für die Tat kennzeichnend. Die Tat ist vielmehr auch davon bestimmt, daß ein Armeeingehöriger sich im bewaffneten Zustand von der Armee abgesetzt hat. Dieser Aspekt steht einer Qualifizierung als extremes Unrecht entgegen.

Im Hinblick auf diejenigen Fälle des Schußwaffengebrauchs, in denen bereits die dem Wortlaut des § 27 DDR-GrenzG bzw. die dieser Vorschrift vorangegangenen einschlägigen Rechtsvorschriften<sup>346</sup> zufolge bestehenden Einschränkungen mißachtet wurden (in der Literatur werden diese Fälle häufig als „Exzesse“ bezeichnet<sup>347</sup>), weil die tödlichen Schüsse auf Flüchtlinge abgegeben wurden nach aufgegebenem Fluchtversuch,<sup>348</sup> nach Überwindung der Grenze in das Staatsgebiet der Bundesrepublik hinein<sup>349</sup> oder auf Westberliner, die anlässlich eines Ausflugs mit einem Sportboot versehentlich wenige Meter die Grenze zur DDR überfahren hatten,<sup>350</sup> sah sich der BGH vor die Frage gestellt, ob bereits nach der Rechtslage der DDR ohne Berücksichtigung von Völkerrechtsvorschriften, einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung oder Anwendung der Radbruchschen Formel eine Strafbarkeit der jeweiligen Grenzsoldaten besteht:

Wie alle anderen Schüsse an der Grenze wurden auch die vorgenannten Schüsse in der DDR strafrechtlich nie verfolgt. Vielmehr wurden auch diese Täter ausgezeichnet und belobigt.<sup>351</sup> Deshalb wurde die Frage aufgeworfen, ob dadurch ein bestehender staatlicher Strafanspruch lediglich unrealisiert blieb oder ob die Staatspraxis der DDR ein Entfallen der Strafbarkeit zur Folge hatte. Auf der einen Seite wird hierzu die Auffassung vertreten, der Rechtszustand in der DDR sei letztlich durch die faktische Straflosigkeit jeglichen Schußwaffengebrauchs gegen Grenzverletzer be-

---

<sup>346</sup> zu den Vorgängervorschriften siehe bereits oben C.I.3.c)

<sup>347</sup> vgl. Lackner in Lackner/Kühl, § 2 StGB Rdn. 16a

<sup>348</sup> BGHSt 39, 353 ff.; s.o. C.II.3.

<sup>349</sup> BGHSt 40, 48 ff.; s.o. C.II.3.

<sup>350</sup> BGH NJW 1995, 2732 ff.; s.o. C.II.7.

<sup>351</sup> vgl. BGH NJW 1995, 2237 und BGH NJW 1995, 2732

stimmt.<sup>352</sup> Die entgegengesetzte Ansicht gelangt dagegen zu dem Ergebnis, daß auch in der DDR der Wortlaut allein ausschlaggebend ist, wenn die Praxis der Anwendung den Wortlautbereich verläßt.<sup>353</sup> Dieser Auffassung hat sich der BGH offenbar in den ersten beiden oben erwähnten Exzeßfällen<sup>354</sup> - allerdings ohne nähere Begründung - angeschlossen. Letztlich dürfte aber in keinem der Mauerschützenfällen eine Überschreitung der Wortlautgrenze nachweisbar sein, da die Überschreitung der Wortlautgrenze von § 27 DDR-GrenzG hierfür alleine nicht ausreicht. Zurecht hat der BGH neben § 27 DDR-GrenzG (bzw. der Vorgängervorschrift § 17 VoPoG), also neben formellen Gesetzen auch bloße militärische Dienstvorschriften als Eingriffsermächtigung und Rechtfertigungsgrund in Betracht gezogen.<sup>355</sup> Zwar spricht zunächst die für die Entscheidung BGH NJ 1995, 539 maßgebliche Verfassung der DDR von 1949 gegen eine Gleichwertigkeit von Gesetz und Dienstvorschrift bzw. Befehlen als Eingriffsermächtigung und Rechtfertigungsgrund, da Art 10 Abs. 3 S. 2 der DDR-Verfassung von 1949 für die Einschränkung der Ausreisefreiheit ein formelles Gesetz verlangte. Jedoch ist eine solche am „rechtsstaatlichen Modell“ orientierte Betrachtungsweise für die damalige Situation nicht angemessen, da die Gewaltenteilung faktisch in den Hintergrund getreten und der rechtsstaatliche Gesetzesbegriff allmählich aufgelöst worden ist.<sup>356</sup> Berücksichtigt man aber sämtliche den Soldaten an der Grenze erteilten Weisungen und Befehle, die Wendungen wie Grenzverletzer seien „festzunehmen bzw. zu vernichten,“ „ zu vernichten bzw. gefangenzunehmen“ enthielten<sup>357</sup> sowie die den Grenzsoldaten vermittelten Hinweise, daß mittels Schußwaffengebrauch verhinderte Fluchtversuche belobigt werden,<sup>358</sup> dann dürften Exzesse im Sinne einer Überschreitung der Wortlautgrenze schwerlich feststellbar sein.

---

<sup>352</sup> diese Auffassung wird wohl am vehementesten von Jakobs verfochten vgl. Jakobs, GA 1994, 1 ff. und Jakobs, Vergangenheitsbewältigung, S. 37 ff.; ebenso Pawlik, S. 475 ff.

<sup>353</sup> vgl. Frisch, S. 135 f; Günther, StV 1993, 19 f; Buchner, S. 146 ff;

<sup>354</sup> BGHSt 39, 353 ff.; BGHSt 40, 48 ff. s.o. C.II.3.

<sup>355</sup> BGHSt 39, 353, 366 f.; BGH NJW 1994, 2708, 2709; BGH NJ 1995, 539

<sup>356</sup> BGH NJ 1995, 539

<sup>357</sup> vgl. BGH NJW 1994, 2703, 2704

<sup>358</sup> vgl. BGH NJW 1993, 1932

Im dritten vom BGH entschiedenen Exzeßfall<sup>359</sup> schließlich hat der BGH die Frage, ob bereits nach der Rechtslage der DDR ohne Berücksichtigung von Völkerrechtsvorschriften, einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung oder Anwendung der Radbruchschen Formel eine Strafbarkeit der jeweiligen Grenzsoldaten besteht, mit dem Hinweis offengelassen, daß die tödlichen Schüsse auf jeden Fall als extremes Unrecht anzusehen seien und daher nicht entschieden zu werden braucht, ob bereits nach dem Recht der DDR ohne Rückgriff auf die überpositiven Geltungsmaßstäbe der Radbruchschen Formel eine Strafbarkeit bestand. Insofern hat der BGH zutreffend festgestellt, daß aufgrund der Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel auf die „normalen“ Mauerschützenfälle diese erst Recht bei den Exzeßtaten anwendbar ist. Auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Strafbarkeit der Exzeßtäter aufgrund Überschreitung der Wortlautgrenze von Erlaubnistatbeständen bereits nach positiver Rechtslage der DDR besteht soll daher vorliegend verzichtet werden.

## **E. DAS RÜCKWIRKUNGSVERBOT ART. 103 ABS. 2 GG**

Der bisherigen Untersuchung zufolge sind die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze als strafbare Handlungen anzusehen. Einer Bestrafung könnte jedoch die zu DDR-Zeiten praktizierte Straffreistellung aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstehen.

### **I. Der Gesetzeszweck des Art. 103 Abs. 2 GG**

Für die Beurteilung der Strafbarkeit der Mauerschützen ist der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt des Art. 103 Abs. 2 GG maßgeblich. Vorab wird daher der Gesetzeszweck des Art. 103 Abs. 2 GG kurz angerissen:

---

<sup>359</sup> BGH NJW 1995, 2732 ff.; s.o. C.II.7.

Wesentliches Anliegen bei der Entstehung<sup>360</sup> des Nulla-poena-Satzes in seiner heutigen Bedeutung war, eine strenge *Gewaltenteilung* als Garant für die Wahrung der demokratischen Herrschaft der Volksvertretung zu verwirklichen. Insofern liegt Art. 103 Abs. 2 GG die Forderung zugrunde, daß nur die Volksvertretung als höchster Repräsentant des Volkswillens in dem für die Gesetzgebung vorgesehenen Verfahren Strafnormen erlassen darf.<sup>361</sup> Der nicht demokratisch legitimierte Richter soll streng an das Gesetz gebunden sein und aus Gründen der Gewaltentrennung niemals an die Stelle des Gesetzgebers die eigene Wertung treten lassen; das Analogieverbot, das Bestimmtheitsgebot sowie das Gebot, Strafbarkeit nur aus gesetzlichen Bestimmungen herzuleiten, dienen der Bindung des Richters an das Gesetz.<sup>362</sup> Zwar besteht inzwischen Einigkeit darüber besteht, daß das positive Recht - anders als noch von den Vertretern der Begriffsjurisprudenz angenommen - nicht lückenlos ist und keineswegs die Subsumentierbarkeit vollständig zu determinieren vermag, sondern Vagheitsspielräume und Normkollisionen aufweist, die eine strenge Gewaltenteilung durch Rückbindung des Richters an die Legislative verhindern.<sup>363</sup> Die mit Art. 103 Abs. 2 GG beabsichtigte Gewaltentrennung ist aber dennoch wenigstens in der abgeschwächten Form der gegenseitigen Kontrolle und Gewaltenhemmung gewährleistet<sup>364</sup>

Weiter soll Art. 103 Abs. 2 GG bewirken, daß der Bürger die Strafbarkeit einer bestimmten Handlung kennen kann, bevor er die Entscheidung über sein Verhalten trifft und so von einer unvorhersehbaren Strafe überfallen wird.<sup>365</sup> Insofern kann Art. 103 Abs. 2 GG als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips gesehen werden, das als Garant der *Rechtssicherheit* eine Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Verhaltens aus der Sicht des Bürgers verlangt. Versteht man allerdings, was zunächst nahe-

---

<sup>360</sup> ausführlich zur Entstehung des Nulla-poena-Satzes siehe Schreiber; Pföhler; Danneker, Das intertemporale Strafrecht, S. 27 ff; Buchner, S. 30 ff

<sup>361</sup> Jeschek, S. 120; Grünwald ZStW 76 (1964), 1, 13 f.

<sup>362</sup> Grünwald, ZStW 76 (1964), 1, 13 ff.

<sup>363</sup> R. Dreier, Der Begriff des Rechts, S. 104

<sup>364</sup> vgl. Lemmel, S. 85 ff.

<sup>365</sup> vgl. Schreiber JZ 1973, 713, 715

liegt, dieses Argument als ausschließlich subjektiv-psychologischen Vertrauensschutz des einzelnen vor unvorhersehbaren Folgen seiner Dispositionen, so bestehen gewichtige Bedenken. In der Konsequenz eines individuellen Dispositionsschutzes läge es, ein Rückwirkungsverbot nur für die Fälle anzunehmen, in denen der Täter tatsächlich auf den Fortbestand einer zum Tatzeitpunkt bestehenden Rechtslage vertraut hat.<sup>366</sup> Art. 103 Abs. 2 GG enthält eine solche Einschränkung jedoch eindeutig nicht. Diese wäre im Hinblick auf Beweisschwierigkeiten auch nicht praktikabel. Eine subjektiv-psychologisch orientierte Deutung des Vertrauensschutzes wird daher der rechtsstaatlichen Bedeutung dieses Prinzips allenfalls partiell gerecht. Denn dem Rückwirkungsverbot liegt unter Vertrauensschutzgesichtspunkten im wesentlichen eine objektivrechtliche Komponente im Sinne einer Beschränkung der Handlungsbefugnis staatlicher Organe zugrunde.<sup>367</sup> Die staatlichen Organe sollen nicht befugt sein, durch rückwirkende Setzung strafrechtlicher Normen bisher strafloses Verhalten zu kriminalisieren.<sup>368</sup> Damit steht das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft im Mittelpunkt des Rückwirkungsverbots, während das Vertrauen des Einzelnen, als mittelbarer Schutzzweck des Rückwirkungsverbots bzw. als Konsequenz der objektiven Begrenzung der Staatsgewalt anzusehen ist.<sup>369</sup>

## **II. Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsgründe**

Der BGH und das Bundesverfassungsgericht befassen sich in ihren Entscheidungen zu den Mauerschützenfällen mit der Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG einer Bestrafung der Mauerschützen entgegensteht,<sup>370</sup> und geben so zu erkennen, daß sie Art. 103 Abs. 2 GG auch auf Rechtfertigungsgründe für anwendbar halten.

---

<sup>366</sup> vgl. Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 347 mit weiteren Nachweisen

<sup>367</sup> BVerfGE 32, 346, 362; Lorenz JZ 1994, 388, 393; Schreiber; JZ 1973, 713, 715

<sup>368</sup> Neumann; ZStW 103 (1991), 331, 348 f.

<sup>369</sup> vgl. Hassemer, S. 260; Jung, S. 884; Schreiber, Gesetz und Richter, S. 213; Rosenau, S. 196; Schreiber, JZ 1973, 713, 715

<sup>370</sup> vgl. BGH NJW 1993, 141, 148; s.o. C.II.1.e) und BGH NJ 1995, 539, 541; s.o. C.II.6.d) und BVerfG JZ 1997, 142, 143; s.o. C.III.2.

Dagegen wird eingewandt, daß außerstrafrechtliche Rechtfertigungsgründe wie § 27 DDR-GrenzG nicht der Garantiefunktion des Art. 103 Abs. 2 GG unterfallen; Erlaubnissätze könnten nicht an der Garantiefunktion des Art. 103 Abs. 2 GG partizipieren, da andernfalls Normwidersprüche zwischen Teilbereichen der Rechtsordnung entstünden.<sup>371</sup> Da Art. 103 Abs. 2 GG jedenfalls nicht außerhalb des Strafrechts gelte, könne er auch nicht für Rechtfertigungsgründe im Bereich des Strafrechts gelten. Andernfalls wären Abweichungen in der rechtlichen Beurteilung desselben Normverstößes zwischen dem Strafrecht und anderen Rechtsgebieten als zugleich erlaubt und verboten möglich, weil etwa §§ 32, 34 StGB anders gehandhabt werden als §§ 277, 228, 904 BGB. Ein solcher Normwiderspruch hätte einen Zustand normativer Orientierungslosigkeit zur Folge.<sup>372</sup> Die Möglichkeit zur Vermeidung eines Normwiderspruchs dergestalt, daß Art. 103 Abs. 2 GG seine Garantien für Rechtfertigungsgründe in ihrer Funktion als Erlaubnistatbestände auf die gesamte Rechtsordnung erstreckt, sei abzulehnen, da der „genuin strafrechtliche Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG“ nur für genuin strafrechtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen, nicht aber für Erlaubnissätze gelte.<sup>373</sup>

Vorgenannte Auffassung läßt gänzlich unberücksichtigt, daß die rückwirkende Beseitigung eines Rechtfertigungsgrundes sich zu Ungunsten des Täters kaum anders auswirkt, als die rückwirkende Einführung eines Straftatbestandes; sowohl Tatbestand als auch Rechtfertigungsgründe sind Grundlage für die Bestimmung, was strafbares Unrecht ist.<sup>374</sup> Eine Restriktion der Rechtfertigungsmöglichkeiten belastet den Täter ebenso wie die Erweiterung eines Straftatbestandes. Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch eine ganze Reihe von unterscheidenden Merkmalen im Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen bestehen. Beispielsweise müssen Rechtfertigungsgründe nicht wie die Tatbestandsmerkmale in einem förmlichen Strafgesetz geregelt sein, sondern können auch auf Ge-

---

<sup>371</sup> SK-Günther, vor § 32 StGB Rdn. 81; Günther, Festschrift Grünwald, S. 213 ff.;

<sup>372</sup> Günther, Festschrift Grünwald, S. 216

<sup>373</sup> Günther, Festschrift Grünwald, S. 218 f.

<sup>374</sup> Kaufmann, NJW 1995, 81, 83

wohnheits- oder Richterrecht beruhen.<sup>375</sup> Sicherlich ist mit der Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtfertigungsgrund auch ein Unterschied in der Legalität verbunden.<sup>376</sup> So hätte die DDR eine erhebliche faktische Legitimitätseinbuße hinnehmen müssen, wenn sie die vorsätzliche Tötung eines Menschen zur Verhinderung einer Republikflucht auf tatbestandlicher Ebene ihres § 112 Abs. 1 StGB-DDR ausgeklammert hätte. Jedoch spricht die schwerwiegende vergleichbare nachteilige Wirkung der rückwirkenden Beseitigung eines Rechtfertigungsgrundes zu Ungunsten des Täters mit der rückwirkenden Einführung eines Straftatbestandes entscheidend für die Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsgründe.<sup>377</sup> Außerdem besteht kein zwingendes Erfordernis Abweichungen in der rechtlichen Beurteilung desselben Normverstoßes zwischen dem Strafrecht und anderen Rechtsgebieten zu vermeiden, da derartige Abweichung nur dazu führen, daß etwa auf zivilrechtlicher Ebene nicht gewährte Rechtfertigungsgründe strafrechtlich trotzdem gewährt werden. Überdies ergibt sich kein beachtlicher Unterschied daraus, ob ein Rechtfertigungsgrund strafgesetzlich oder außerstrafrechtlich normiert ist, weil insoweit rein gesetzestechnische Gründe entscheidend sind.<sup>378</sup> Der Gesetzgeber könnte z. B. § 32 StGB streichen; die Notwehrbefugnis resultierte dann auch im Strafrecht aus § 227 BGB.<sup>379</sup> Nach alledem ist mit dem BGH und dem Bundesverfassungsgericht davon auszugehen, daß Art. 103 Abs. 2 GG auch im Falle der rückwirkenden Beseitigung von Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen ist.

---

<sup>375</sup> vgl. Kaufmann, NJW 1995, 81, 83

<sup>376</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 32

<sup>377</sup> Kaufmann, NJW 1995, 81, 83; Gropp, NJ 1996, 393, 396; Arnold/Kühl, JuS 1992, 991, 995; Buchner, S. 261

<sup>378</sup> Dannecker, Strafrecht, S. 278; Rosenau, S. 199

<sup>379</sup> Günther, Festschrift Grünwald, S. 217

### **III. Art. 103 Abs. 2 GG nur im Rahmen einer demokratisch-rechtsstaatlichen Gesetzgebung/im Rahmen des Rechts der Bundesrepublik?**

Der BGH hat in seinen Mauerschützenurteilen die Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG nur im Rahmen einer demokratisch-rechtsstaatlichen Gesetzgebung oder sogar nur im Rahmen des Rechts der Bundesrepublik gilt nicht thematisiert bzw. stillschweigend verneint. Das Bundesverfassungsgericht<sup>380</sup> dagegen könnte in seinem Beschluß zu den vier Verfassungsbeschwerden gegen Mauerschützenurteile des BGH dahingehend verstanden werden, daß Art. 103 Abs. 2 GG auf eine *demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgebung beschränkt* ist und für einen Unrechtsstaat wie die ehemalige DDR nicht gilt. Art. 103 Abs. 2 GG habe als Regelfall im Blick, daß die Tat im Anwendungsbereich des vom Grundgesetz geprägten materiellen Strafrechts der Bundesrepublik begangen und abgeurteilt wird. In diesem Normalfall gebiete das unter den Bedingungen der Demokratie, der Gewaltenteilung und der Verpflichtung auf die Grundrechte zustande gekommene und damit den Forderungen materieller Gerechtigkeit prinzipiell genügende Strafrecht die rechtsstaatliche Anknüpfung für den von Art. 103 Abs. 2 GG gewährten absoluten und strikten Vertrauensschutz. Noch weitergehend hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Strafbarkeit von Spionage durch Staatsbürger der DDR<sup>381</sup> die Auffassung vertreten, Art. 103 Abs. 2 GG enthalte verfassungsrechtliche Gewährleistungen *für das Strafrecht unter dem Grundgesetz*. Dieses bezeichne die Grenzen der Strafgewalt der Bundesrepublik Deutschland. Die gesetzlich bestimmte Strafbarkeit einer Tat bemesse sich in erster Linie aufgrund des Strafrechts der Bundesrepublik. Art. 103 Abs. 2 GG sei danach nicht

---

<sup>380</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 144; s.o. C.III.2. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts ist unklar. Das Bundesverfassungsgericht spricht zwar von einer Beschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG auf eine demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgebung. Ebert, S. 529 weist zurecht darauf hin, daß es dann eigentlich konsequent wäre, das Strafrecht der DDR in seiner Gesamtheit der Gewährleistung durch Art. 103 Abs. 2 GG zu entziehen. Soweit geht das Bundesverfassungsgericht aber offensichtlich dann doch nicht. Dies zeigt sich daran, daß das Bundesverfassungsgericht ein Zurücktreten des Art. 103 Abs. 2 GG mit der extremen Ungerechtigkeit der einschlägigen Gesetze begründet.

<sup>381</sup> BVerfGE 92, 277, 324

verletzt, wenn die fremde Rechtsordnung eine dem konkurrierenden Recht der Bundesrepublik Deutschland entsprechende Strafvorschrift nicht enthält oder das nach dem Recht der Bundesrepublik strafbare Verhalten sogar ausdrücklich rechtfertigt. Allerdings ging es in dieser Entscheidung um die Tatbestände des Landesverrats (§ 94 StGB) und der geheimdienstlichen Tätigkeit (§ 99 StGB), die beide unter § 5 Nr. 4 StGB fallen und daher auch für die Tatbestandsverwirklichung im Ausland bereits zum Tatzeitpunkt nach deutschem Strafrecht strafbar waren.

Unterstützung findet das Bundesverfassungsgericht mit dem Argument, es stelle ein Selbstwiderspruch des Rechtsstaats dar, wenn dieser von seinen Gerichten auch die Bindung an ausländisches rechtsstaatswidriges Recht verlangt.<sup>382</sup> Dabei wird auf die §§ 5 ff. StGB verwiesen, die eine Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht bestimmen, auch wenn die betreffenden Taten nach dem jeweiligen Tatortrecht straffrei sind. Da diese Normen sicher verfassungsgemäß seien, genüge es, wenn die Strafbarkeit nach bundesdeutschem Recht gesetzlich bestimmt sei.

Diesen Überlegungen steht jedoch entgegen, daß aus §§ 5 ff. StGB nicht gefolgert werden kann, Art. 103 Abs. 2 GG sei in den Mauerschützenfällen auf das Recht der DDR nicht anwendbar, da in den Mauerschützenfällen gerade keine Strafbarkeit nach bundesdeutschem Rechtsvorschriften bestimmt ist. Das Recht der Bundesrepublik Deutschland (Art. 315 Abs. 1 EGStGB i.V.m. § 2 StGB) ordnet vielmehr an, daß - soweit keine Strafbarkeit nach dem Recht der ehemaligen DDR bestand - nicht auf das Recht der Bundesrepublik zurückgriffen werden darf. Damit besteht in den Mauerschützenfällen keine mit den §§ 5 ff. StGB vergleichbare Rechtslage. Im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG werfen die §§ 5 ff. StGB lediglich die hier nicht zu erörternde Frage auf, ob Art. 103 Abs. 2 GG nicht dahingehend zu verstehen ist, daß die gesetzlich bestimmte Strafbarkeit am Tatort bestanden haben muß - denn für den Täter macht es kaum einen Unterschied, ob er einer Strafsanktion ausgesetzt wird, die er zur Zeit seiner

---

<sup>382</sup> Hruschka, JZ 1992, 665, 668

Tat nicht kennen konnte, weil sie nicht existierte, oder weil sie Teil einer ausländischen Rechtsordnung war.

Auch ist die eingangs erwähnte These des Bundesverfassungsgerichts, Art 103 Abs. 2 GG gelte nur für eine demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgebung, bei historischer Auslegung des Art.103 Abs.2 GG im Hinblick auf dessen vordemokratische Tradition kaum haltbar.<sup>383</sup> Seiner in der Neuzeit entwickelten Hauptstoßrichtung gemäß sollte das Rückwirkungsverbot den einzelnen vor allem gegen eine vorrechtsstaatliche und vordemokratische Staatsgewalt Schutz bieten. Zwar ist das Rückwirkungsverbot Ausdruck rechtsstaatlicher Entwicklung, in seiner Anwendung aber gerade nicht auf die Strafgesetze des demokratischen Gesetzgebers beschränkt.<sup>384</sup>

Letztlich bestehen keine überzeugende Gründe für eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG auf demokratisch-rechtsstaatliche Gesetze oder gar auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Vielmehr erfordert die individuelle Interessenlage des Einzelnen als zumindest mittelbare Schutzrichtung des Art. 103 Abs. 2 GG auch ausländisches bzw. nicht demokratisch gesetztes Recht an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen.<sup>385</sup>

#### **IV. Keine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG durch den Einigungsvertrag**

Ein Konflikt der Radbruchschen Formel mit Art. 103 Abs. 2 GG wäre vorliegend dann nicht gegeben, wenn Art. 103 Abs. 2 GG durch den Einigungsvertrag<sup>386</sup> entsprechend eingeschränkt worden wäre. Insofern wird die Auffassung vertreten, der Einigungsvertrag habe den Schutzgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG nicht vollständig akzeptiert und so zu einer Modifikati-

---

<sup>383</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 432

<sup>384</sup> H. Dreier, JZ 1997, 421, 432 mit Nachweisen bei Montesquieu und T. Hobbes

<sup>385</sup> Lorenz, NStZ 1992, 422, 426; Lüdersen, ZStW 104 (1992), 735, 756; Rittstieg, DuR 1991, 404, 411; Rosenau, S. 196 a.A. Alwart, JZ 2000, 227, 230; ohne die erörterten Einwendungen zu erwähnen erblickt Alwart in der Beschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG auf einen demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Möglichkeit, „ohne Naturrechtsheuchelei als auch ohne offene Verweigerung des Gehorsams gegenüber Art. 103 Abs. 2 GG“ eine Bestrafung der Mauerschützen zu erreichen. Im übrigen erschließt sich nicht, wie Alwart überhaupt ohne Naturrecht die Rechtswidrigkeit der Mauerschüsse begründen will.

<sup>386</sup> Einigungsvertrag vom 31.08.1990, BGBl 1990 II, 885 ff.

on des Art. 103 Abs. 2 GG geführt, welche die Nichtanwendung von § 27 DDR-GrenzG zulasse.<sup>387</sup> Dies wird aus dem mit qualifizierter Mehrheit verabschiedeten Einigungsvertrages geschlossen. Dieser verlange die Aufarbeitung des DDR-Unrechts, bezeichne die SED als Urheberin des Unrechtsregimes (Art. 17) und schließe daher einen Rekurs auf die rechtsgestaltende Kraft der Wirklichkeit aus.

Jedoch existieren letztlich keine stichhaltigen Anhaltspunkte dafür, daß die Vertragsparteien des Einigungsvertrages eine Modifizierung des zum Kernbestand des Rechtsstaats gehörenden Rückwirkungsverbots mittels verdeckter Verfassungsänderung beabsichtigt haben. Mit Art. 315 Abs. 1 EGStGB wird ausdrücklich auf § 2 StGB verwiesen, der gerade die nähere Konkretisierung des in § 1 StGB in wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 2 GG normierten Gesetzlichkeitsprinzips enthält. Damit bestimmen die auf die Aufarbeitung des in der DDR begangenen Unrechts gerichteten Regelung des Einigungsvertrages lediglich, daß das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung finden soll. Nicht bestimmt wird hingegen, unter welchen rechtsstaatlichen Voraussetzungen eine Bestrafung erfolgen soll und darf. Dem Einigungsvertrag ist deshalb keine Aussage bezüglich Art. 103 Abs. 2 GG zu entnehmen.<sup>388</sup>

## **V. Nachträgliche Anerkennung von Unrecht und inakzeptable Meistbegünstigung**

Gegen eine Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG wird eingewandt, daß letztlich das grausame Unrecht und die Leiden der Opfer anerkannt werden, wenn man die Untaten an der innerdeutschen Grenze unter Hinweis auf die Straffreiheit der Mauerschützen zu DDR-Zeiten für legal erkläre und nicht bestrafe.<sup>389</sup> Sofern Machthaber ihre Untaten entweder faktisch oder durch Gesetz straflos stellen, hätten sie für alle Zeiten nichts zu befürchten, da wegen Art. 103 Abs. 2 GG alles rechtens ist, weil es für

---

<sup>387</sup> Lorenz, JZ 1994, 388, 394

<sup>388</sup> Dannecker, Jura 1994, 585, 593

<sup>389</sup> Rütters, S. 143 f.

rechtens erklärt wurde.<sup>390</sup> Die Protagonisten eines Unrechtsregimes seien desto strafloser, je pervertierter das System.<sup>391</sup>

Diese Gesichtspunkte sind zwar inhaltlich zutreffend, können aber nicht dazu herangezogen werden die Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG zu bestimmen. Sie sind allenfalls geeignet, eine Einschränkung der Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG zu begründen.<sup>392</sup>

Weiter wird die Ansicht vertreten, die Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse führe zu einer inakzeptablen Meistbegünstigung der Täter.<sup>393</sup> Obwohl einerseits zur Begründung der Strafbarkeit die faktische Übung und selbst das Gewohnheitsrecht nicht herangezogen werden kann, würde umgekehrt die faktische Übung und das Gewohnheitsrecht dazu führen, daß diese eine Straffreistellung begründet.

Eine Meistbegünstigung ist jedoch im Strafrecht häufig anzutreffen; z.B. sind nach unumstrittener Ansicht auch Analogieschlüsse zu Lasten des Täters untersagt, aber zu dessen Gunsten anerkannt.<sup>394</sup> Das Strafrecht kennt und akzeptiert derartige Widersprüche bzw. Meistbegünstigungen.<sup>395</sup> Innerhalb des Strafrechts ist daher eine Meistbegünstigung kein Zustand, der im Sinne eines systematischen Widerspruchs zu vermeiden ist. Eine Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG ist daher nicht schon aufgrund einer inakzeptablen Meistbegünstigung ausgeschlossen.

## **VI. Lösung des BGH**

Der BGH stellt sich auf den Standpunkt, die Verurteilung der Mauerschützen beruhe lediglich auf dem richtig interpretierten Recht der DDR (Berücksichtigung des IPBPR/menschenrechtsfreundliche Auslegung) und Art. 103 Abs. 2 GG schütze nicht das Vertrauen in den Fortbestand einer be-

---

<sup>390</sup> Lüderssen, JZ 1997, 525, 527

<sup>391</sup> Maiwald, NJW 1993, 1881, 1888

<sup>392</sup> vgl. Rosenau, S. 211

<sup>393</sup> Schroeder, JZ 1992, 990, 992

<sup>394</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn. 30 mit weiteren Nachweisen

<sup>395</sup> Rosenau, S. 212

stimmten Staats- und Auslegungspraxis.<sup>396</sup> Wie oben dargelegt<sup>397</sup> ist der Versuch des BGH mittels IPBPR und mittels Auslegung des DDR-Rechts nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen eine positive Rechtslage nach DDR-Recht zu konstruieren, derzufolge sich die Mauerschützen schon nach DDR-Recht ohne Zuhilfenahme naturrechtlicher Argumente strafbar gemacht hätten, fehlgeschlagen. Deshalb kann ein etwaiger Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG auch nicht unter Berufung auf diesen fehlgeschlagenen positivistischen Lösungsansatz verneint werden. Eine Strafbarkeit läßt sich nur unter Anwendung der Radbruchschen Formel begründen. Das eigentliche Problem besteht deshalb in der Frage, ob die Anwendung der Radbruchschen Formel auf spezielle Rechtfertigungsgründe eines Unrechtsregimes gegen das Rückwirkungsverbot verstößt.<sup>398</sup>

## **VII. Greift die Radbruchsche Formel in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG ein?**

### ***1. Verstoß gegen das Erfordernis einer lex scripta***

Art. 103 Abs. 2 GG enthält u.a. das Gebot der lex scripta.<sup>399</sup> Diesem Gebot zufolge ist als Grundvoraussetzung jeglicher Strafbarkeit die Existenz einer „lex“ erforderlich. Hierzu sind alle geschriebenen Normen zu rechnen, die aus einer verfassungsmäßig anerkannten Rechtsquelle fließen und mit verbindlicher Kraft ausgestattet sind.

Fraglich ist, ob die Radbruchsche Formel mit dem lex scripta-Gebot in Konflikt gerät.<sup>400</sup> Dies wird mit der Begründung verneint, die Radbruchsche Formel hebe lediglich einen Rechtfertigungsgrund auf und lasse den bereits bestehenden Deliktstatbestand des Totschlags wieder durchgreifen. Die Radbruchsche Formel sei daher die Methode, nicht aber der Grund, der zu einer Bestrafung führe. Strafbegründend für die Grenz-

---

<sup>396</sup> BGH NJW 1993, 141, 144; s.o. C.II.1.d; BGH NJ 1995, 539, 541; s.o. C.II.6.d

<sup>397</sup> s.o. D.I. und II.

<sup>398</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 30

<sup>399</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn.6 ff

<sup>400</sup> ohne nähere Begründung bejahende Saliger, S. 38; Alexy, Mauerschützen, S. 34

schützen, die fliehende DDR-Bürger erschossen haben, sei der Tatbestand des Totschlags (§ 113 StGB-DDR bzw. § 212 StGB).<sup>401</sup> Diese Argumentation wäre nur unter der Prämisse zutreffend, daß das Gebot der *lex scripta* lediglich für den strafbegründenden Tatbestand gilt. Diese Prämisse ist jedoch nicht haltbar. Korrespondierend zu den Überlegungen bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG auf Rechtfertigungsgründe<sup>402</sup> ist auch hier maßgebend, daß Rechtfertigungsgründe im Hinblick auf das Gebot der *lex scripta* zu berücksichtigen sind. Eine Restriktion der Rechtfertigungsmöglichkeiten erweitert den Strafbarkeitsbereich unmittelbar zu Lasten des Täters und eine die Wortlautgrenze mißachtende Ausdehnung der Strafbarkeit verstößt unabhängig davon gegen Art. 103 Abs. 2 GG, ob sie sich strafrechtsdogmatisch als Erweiterung des Tatbestandes oder als Einengung einer Erlaubnisnorm darstellt.<sup>403</sup>

Allerdings führt die Anwendung der Radbruchschen Formel vorliegend nicht dazu, daß § 27 DDR-GrenzG komplett als von Anfang an nichtig angesehen wird.<sup>404</sup> Die Anwendung der Radbruchschen Formel hat in den Mauerschützenfällen lediglich zur Folge, daß § 27 DDR-GrenzG insofern nichtig ist, als in der DDR-Staatspraxis § 27 DDR-GrenzG zur Rechtfertigung extremen Unrechts d.h. vorliegend zur Rechtfertigung vorsätzlicher Tötungen von Menschen herangezogen wurde, die lediglich unter Verstoß gegen die Ausreisebestimmungen der DDR in die Bundesrepublik Deutschland flüchten wollten. Daraus folgt, daß vorliegend die Radbruchsche Formel kein geschriebenes Gesetz „kassiert“ hat und damit nicht gegen das Gebot der *lex scripta* verstößt. Damit ist nicht gesagt, daß die Radbruchsche Formel nicht in anderen Fällen mit dem Gebot der *lex scripta* in Konflikt geraten kann. Die Anwendung der Radbruchschen Formel wie sie vom BGH in Strafsachen<sup>405</sup> im Zusammenhang mit der Aufarbeitung nationalsozialistischer Gewalttaten erfolgte, kollidiert tatsächlich mit dem Gebot der *lex scripta*, da in diesen Fällen die Radbruchsche For-

---

<sup>401</sup> Rosenau, S. 201

<sup>402</sup> s.o. E.II.

<sup>403</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn. 14a; Saliger, S. 37

<sup>404</sup> s.o. D.V.

<sup>405</sup> s.o. B.I. und II.

mel dazu führte, daß auch komplette gesetzesgleiche geschriebene NS-Rechtsvorschriften nicht zur Geltung gelangten.

## **2. Verstoß gegen das Gebot einer *lex praevia***

Weiter enthält Art. 103 Abs. 2 GG das Gebot der *lex praevia*, also das Verbot einer rückwirkenden Bestrafung.<sup>406</sup> In der Anwendung der Radbruchschen Formel könnte ein Verstoß gegen das Verbot rückwirkender Bestrafung vorliegen:

Ein Verstoß gegen dieses Gebot wird mit dem Hinweis auf den Inhalt der Radbruchschen Formel verneint. Die einen tödlichen Schußwaffeneinsatz rechtfertigenden Bestimmungen seien der Radbruchschen Formel zufolge als extremes Unrecht von Anfang an als nichtig zu betrachten und waren bereits zur Tatzeit kein Recht. Mit der Anwendung der Radbruchschen Formel wird deshalb nicht rückwirkend die Rechtslage geändert, sondern nur festgestellt, wie im Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war.

Die Radbruchsche Formel wirke somit nicht rückwirkend strafbegründend, sondern lediglich deklaratorisch.<sup>407</sup>

Diese Überlegungen sind im Hinblick auf die deklaratorische Wirkung der Radbruchschen Formel von der Logik des Ansatzes her nicht angreifbar. Fraglich ist jedoch, ob nicht der Umstand, daß unter dem Gesichtspunkt der Faktizität eine Änderung eintritt im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot relevant ist. Auch wenn die Radbruchsche Formel das Recht gerade nicht mit der Faktizität der gesetzten und sozial wirksamen Normen identifiziert, der Faktizität an der Schwelle zum extremen Unrecht eine Grenze zieht und dort den Rechtscharakter und die Rechtsgeltung entfallen läßt,<sup>408</sup> könnte trotzdem ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vorliegen, wenn dieser das Vertrauen in das jeweils gesetzte und in der Praxis aner-

---

<sup>406</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn. 57

<sup>407</sup> Ebert, S. 526; Saliger, S.37; Alexy, Mauerschützen, S. 33; derselbe, Beschluß, S. 31; Amelung, NStZ 1995, 29, 30

<sup>408</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 33

kannte Recht schützt bzw. in seinen Schutzbereich mit einbezieht.<sup>409</sup> Die entscheidende Frage ist daher, ob Art. 103 Abs. 2 GG auch in der Praxis anerkannte und angewandte Rechtfertigungsgründe unabhängig von ihrer Nichtigkeit schützt.

### **a) Faktische Handhabung des Rechts als Anknüpfungspunkt für Art. 103 Abs. 2 GG**

Wesentliche Dimension des geltenden Rechts sei nicht was als Recht anerkannt und praktiziert werden müßte, sondern was als Recht anerkannt und praktiziert wird.<sup>410</sup> Die gelebte Verfassung und die Praxis eines Staates bestimmten, was strafbar sei und was nicht. Der Kontext des gesamten staatlichen Systems sei entscheidend für das Bestehen einer Strafbarkeit. Wenn die angeklagten Taten in der DDR selbst bei entgegenstehendem Gesetzeswortlaut straffrei gewesen seien, könnten sie auch heute nicht bestraft werden.<sup>411</sup> Damit sollen die faktischen Verhältnisse entscheidend dafür sein, ob die Strafbarkeit zur Tatzeit gesetzlich bestimmt waren. Andernfalls werde eine strafbegründende Umwertung zugelassen und Art. 103 Abs. 2 GG lediglich formell oder scheinbar respektiert.<sup>412</sup> Indem die Radbruchsche Formel nachträglich einigen besonders verwerflichen Normen die Rechtsqualität abspricht, die Geltung der anderen aber unangetastet lasse, entfalte sie einen rückwirkenden Effekt, indem eine Rechtslage geschaffen werde, die so niemals als wirksame und durchgesetzte Kraft bestanden habe. Sofern diese Wirklichkeitsdimension im Zusammenhang mit Art. 103 Abs. 2 GG außer acht gelassen werde, handle es sich nicht um eine Form der offenen, sondern der versteckten Rückwirkung.<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> vgl. Alexy, Beschluß, S. 21 f. Fn. 67

<sup>410</sup> Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, S. 44; derselbe, GA 1994, 6 ff.; Schlink, NJ 1994, 433, 435

<sup>411</sup> Isensee, S. 106; Fiedler, S. 85

<sup>412</sup> Isensee, S. 106

<sup>413</sup> Dreier, JZ 1997, 421, 431

## b) Kritik an der faktischen Betrachtungsweise

Der Wortlaut von Art. 103 Abs. 2 GG spricht von gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit und steht daher der Auffassung entgegen, die faktischen Verhältnisse seien maßgebend.<sup>414</sup> Dem Wortsinn des Begriffes Strafbarkeit zufolge muß die Strafe in der Rechtsordnung nur angelegt sein. Diese Voraussetzung ist in den Mauerschützenfällen erfüllt, da die Anwendung der Radbruchschen Formel zur Folge hat, daß die tödlichen Schüsse entgegen der Rechtspraxis der DDR nicht durch § 27 DDR-GrenzG gerechtfertigt waren und daher der Tatbestand des Todschlages zum Tragen kommt. Eine tatsächliche strafrechtliche Verfolgung der strafbaren Handlung ist damit irrelevant. Die Radbruchsche Formel verhindert, daß § 27 DDR-GrenzG, so wie er in der Rechtswirklichkeit der DDR verstanden und gehandhabt wurde, rechtsgestaltende Wirkung erlangt hat. Die empirische Wirklichkeit kann im Falle extremen Unrechts nicht das Recht bestimmen. Da die Radbruchsche Formel das geltende Recht nicht mit der Faktizität identifiziert und Art. 103 Abs. 2 GG seinem Wortlaut zufolge an das geltende Recht anknüpft, verstößt die Radbruchsche Formel unter diesem Gesichtspunkt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>415</sup> Im übrigen könnte im Hinblick auf eine rechtsgestaltende Wirkung der faktischen Handhabung in der Rechtspraxis der DDR allenfalls an die Bildung von Gewohnheitsrecht als gesetzesgleiches Recht gedacht werden. Diese Frage wird unten noch zu erörtern sein.<sup>416</sup>

Inwiefern die faktische Handhabung des § 27 DDR-GrenzG im Rahmen von Art. 103 Abs. 2 GG von Relevanz ist, obwohl sie keine rechtsgestaltende Wirkung hat, wird im folgenden untersucht.

---

<sup>414</sup> vgl. Rosenau, S. 212

<sup>415</sup> a.A. Alexy, Beschluß, S. 15 der ohne nähere Begründung seine gegenteilige Auffassung in Alexy, Mauerschützen, S. 33. aufgibt.

<sup>416</sup> E.V.3.d)

### c) Art. 103 Abs. 2 GG bei Änderung der Rechtspraxis bzw. Rechtsprechung

Auch wenn die faktische Handhabung des § 27 DDR-GrenzG keine rechtsgestaltende Wirkung entfalten konnte, so ist dennoch festzustellen, daß die Bestrafung der Mauerschützen nach der Wiedervereinigung die Befugnis der Rechtsprechung voraussetzt, den Tatbestand des Totschlags (§ 113 StGB-DDR bzw. § 212 StGB) auf vergangene Sachverhalte anzuwenden, die seinerzeit nicht nach dem im Wortlaut unveränderten Gesetz bestraft worden sind. Damit ist der Problembereich der Zulässigkeit einer *rückwirkenden Rechtsprechungsänderung* berührt.<sup>417</sup> Der h.M. in der Literatur<sup>418</sup> und der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>419</sup> zufolge ist das Rückwirkungsverbot auf die Änderung von Rechtsprechung vom Grundsatz her nicht anwendbar. Die richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung werde vom Rückwirkungsverbot gar nicht erfaßt, da Art. 103 Abs. 2 GG und § 2 StGB bereits ihrem Wortlaut nach auf die Geltung des jeweiligen Gesetzes abstellen. Nach h.M. kann daher die Rechtsprechung ihre geänderte Auslegung auf Taten beziehen, die vor der Änderung begangen worden sind. Eine Tat kann somit auch bestraft werden, wenn die zur Tatzeit praktizierte Rechtsprechung dies nicht getan hätte. Das Vertrauen des Täters auf die bisherige Rechtsprechung findet allenfalls bei der Frage Berücksichtigung, ob der Täter einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB unterlegen ist.<sup>420</sup>

Diese Diskussion bezieht sich nur auf Vorschriften, die noch in Geltung sind und nach Begehung der Tat und vor oder bei Aburteilung der Tat für diesen und für alle zukünftigen Fälle durch die Rechtsprechung anders als zuvor ausgelegt werden sollen. Dagegen handelt es sich vorliegend bei der Nichtanwendung von § 27 DDR-GrenzG gerade nicht um eine Ausle-

---

<sup>417</sup> ebenso Schönemann, S. 229 im Hinblick auf nationalsozialistische Gewalttaten

<sup>418</sup> vgl. Roxin, S. 121 f.; Lackner in Lackner/Kühl, § 1 Rdn. 4; Jakobs, Strafrecht AT, S. 104 f. jeweils mit weiteren Nachweisen

<sup>419</sup> BVerfGE 11, 238; 14, 251; 18, 224, 240 f.; BVerfG NJW 1990, 3140; BGH VRS 32 (1967), 229

<sup>420</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 2 StGB Rdn. 8

gungsänderung im Vergleich zur früheren DDR-Rechtsanwendung bzw. Rechtsfortbildung. Nach dem Sinn und Zweck von Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB war danach zu fragen, ob eine Strafbarkeit nach dem *geltenden Recht der DDR* vorlag.<sup>421</sup> Die von der h.M. und der Rechtsprechung vertretene Auffassung, die Garantie des Art. 103 Abs. 2 GG beziehe sich nicht auf die Änderung der Rechtsprechung *weicht an diesem Punkt* von der Mauerschützenproblematik *ab*.<sup>422</sup> In den Mauerschützenfällen ist in Anbetracht der Rechtspraxis der DDR im Vergleich zur nunmehr maßgeblichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland nach der Wiedervereinigung folgende *rückwirkende Änderung der Rechtsanwendung* festzustellen:

Die Rechtspraxis der DDR hat § 27 DDR-GrenzG angewendet, ohne die Radbruchsche Formel zu berücksichtigen. Obwohl die Radbruchsche Formel den bisherigen Überlegungen zufolge aufgrund ihrer rein deklaratorischen Wirkung das geltende Recht nicht nachträglich abändert und im übrigen eine im Wortlaut unveränderte Gesetzeslage maßgeblich ist, führt doch der Umstand, daß die nach der Wiedervereinigung maßgebliche Rechtspraxis nach der hier vertretenen Rechtsauffassung die Radbruchsche Formel zu berücksichtigen hat dazu, daß nunmehr die tödlichen Mauerschüsse, die zum Tatzeitpunkt aufgrund der - rechtsirrig die Radbruchsche Formel außer acht lassenden - Rechtspraxis der DDR nicht bestraft wurden nunmehr bestraft werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob die Berücksichtigung der Radbruchschen Formel bei der Beurteilung der Mauerschützenfälle durch deutsche Gerichte nach der Wiedervereinigung und damit die rückwirkend geänderte Rechtspraxis gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.

---

<sup>421</sup> s.o. C.I.3.

<sup>422</sup> vgl. Buchner, S. 264, Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 188

#### **d) Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG**

Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG verlangt eine *gesetzliche* Bestimmtheit der Strafbarkeit. Fraglich ist daher zunächst, wie der Begriff des Gesetzes i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG zu bestimmen ist:

Während das Grundgesetz an anderer Stelle zwischen Gesetz und Recht unterscheidet<sup>423</sup> spricht Art. 103 Abs. 2 GG nur vom Gesetz und legt damit die Vermutung nahe, daß als Gesetz nur die geschriebene Rechtsnorm, als Recht jedoch die ungeschriebenen Rechtssätze angesehen werden könnten.<sup>424</sup> Der Gesetzesbegriff läßt sich jedoch nicht grundsätzlich auf diese formalen Kriterien beschränken und kann auch eine an materiellen Kriterien orientierte Auslegung, die auch das Gewohnheitsrecht einschließt, umfassen.<sup>425</sup>

Art. 103 Abs. 2 GG statuiert aufgrund seines Gesetzesvorbehalts für das Strafrecht ein Verbot der gewohnheitsrechtlichen Strafbegründung.<sup>426</sup> Jedoch bedeutet dies nicht, daß deshalb das Gewohnheitsrecht keinerlei Bedeutung hat, da jedenfalls die Fälle täterbegünstigenden Gewohnheitsrechts zu berücksichtigen sind.<sup>427</sup> Im Zusammenhang mit der rückwirkenden Änderung der Rechtspraxis und Rechtsprechung durch die Anwendung der Radbruchschen Formel wäre denkbar, daß der Nichtanwendung der Radbruchschen Formel zu DDR-Zeiten gewohnheitsrechtliche Bedeutung beizumessen ist, die nicht rückwirkend aufgegeben werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, daß eine Zuordnung der Staatspraxis wie auch einer ständigen Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht zur Folge hätte, daß damit nicht nur ein Verbot der Rückwirkung verbunden wäre, sondern ein Verbot der Änderung selbst begründen würde.<sup>428</sup> Die abweichende Auffassung des 1. Zivilsenats des BGH,<sup>429</sup> derzufolge die gewohnheitsrechtliche Geltung einer ständigen Rechtsprechung durch eine abweichende Ent-

---

<sup>423</sup> Art. 20 Abs. 3 vgl. auch Art. 1 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG

<sup>424</sup> vgl. Loré, S. 178

<sup>425</sup> Creifelds, S. 564

<sup>426</sup> BVerfG NJW 1986, 1672; Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn. 9

<sup>427</sup> Schönke-Schröder-Eser, § 1 StGB Rdn. 10 ff.

<sup>428</sup> Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 334

<sup>429</sup> BGHZ 18, 81, 93 f.

scheidung beendet wird, ist mit den anerkannten Prinzipien der Rechtsquellenlehre unvereinbar; gesetzesänderndes Gewohnheitsrecht kann un*o actu* nur von dem zuständigen Gesetzgeber außer Kraft gesetzt werden.<sup>430</sup> Daher spricht schon dieser Aspekt gegen die Annahme von Gewohnheitsrecht.

Außerdem liegen die Voraussetzungen für die Annahme von Gewohnheitsrecht nicht vor: Dieses kann nur durch langdauernde Übung (*long consuetudo*) entstehen, die durch eine allgemeine Rechtsüberzeugung getragen wird (*opinio iuris communitatis*).<sup>431</sup> Zwar kann durchaus von einer konstanten Übung der DDR-Justiz gesprochen werden, die über Jahre hinweg die Mauerschützen als gerechtfertigt behandelt hat. Diese Übung müßte sich jedoch auf eine allgemeine Rechtsüberzeugung bezogen haben. Von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung kann nur dann gesprochen werden, wenn diese über den Kreis von Juristen hinaus auch unter den Bürgern Anerkennung findet, weil sie eine rechtliche Konkretisierung rechtsethischer Grundsätze beinhaltet.<sup>432</sup> Im Zusammenhang mit der Rechts- und Staatspraxis der DDR-Justiz dürfte im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung der Mauerschüsse kaum eine allgemeine Rechtsüberzeugung ausfindig machen zu sein. Es gab weder Literatur, die sich mit dieser Frage auseinander gesetzt hat, noch wurden Anklagen erhoben oder gar Urteile gesprochen. In der Bevölkerung konnte sich keine mit der Rechts- und Staatspraxis der DDR übereinstimmende Überzeugung bilden, da diese geheimgehalten und nicht öffentlich diskutiert wurde.

Art. 103 Abs. 2 GG ist nach alledem vorliegend nicht unmittelbar anwendbar.

---

<sup>430</sup> Olzen, JZ 1985, 155, 159

<sup>431</sup> Enneccerus-Nipperdey, S. 261

<sup>432</sup> Larenz, S. 433

## **e) Analoge Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG**

### *aa) Vorliegen einer Gesetzes- bzw. Rechtslücke*

Nachdem eine unmittelbar Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG vorliegend ausscheidet, besteht noch die Möglichkeit einer analogen Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG.

Erste Voraussetzung für die Anwendung eines Analogieschlusses ist das Vorliegen einer Gesetzes- bzw. Rechtslücke dergestalt, daß sich weder aus dem Gesetz noch aus dem Gewohnheitsrecht eine unmittelbar Antwort auf eine Rechtsfrage finden läßt.<sup>433</sup> Die maßgebliche Rechtsfrage im vorliegenden Zusammenhang ist, ob eine Tat nur dann bestraft werden darf, wenn sie über einen längeren Zeitraum nicht verfolgt und von der Justiz für straflos gehalten wurde. Diese Frage läßt sich wie oben festgehalten nicht unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 103 Abs. 2 GG) beantworten. Eine Gesetzes- bzw. Rechtslücke ist somit gegeben.

### *bb) planwidrige Unvollständigkeit*

Zweite Voraussetzung für einen Analogieschluß ist die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.<sup>434</sup> Eine Berechtigung des Norminterpreten zur Lückenfüllung besteht nur im Falle einer von Gesetzgeber nicht gewollten Lücke. Vorliegend ist daher auszuschließen, daß der Verfassungsgeber eine Regelung der Rückwirkungsfrage bezüglich des Verhaltens der Strafverfolgungsorgane nicht bewußt ausgespart hat, um diese vom Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auszunehmen.

Eine eindeutige Aussage über den Willen des historischen Gesetzgebers läßt die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu.<sup>435</sup> Den Materialien zur Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 2 GG ist eine

---

<sup>433</sup> Engisch, S. 141

<sup>434</sup> Engisch, S. 141 f.

<sup>435</sup> so auch Loré, S. 184 und Arndt, S. 31 zur Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung

Auseinandersetzung mit dieser Problematik nicht zu entnehmen.<sup>436</sup> Dem Umstand, daß die Verfassungsgeber nur die Formulierung der „gesetzlichen Strafbarkeit“ gebrauchten und damit von einer Einbeziehung der Rechtspraxis und der Rechtsprechung in den Schutzbereich des Rückwirkungsverbots absahen, spricht weder für noch gegen eine Planwidrigkeit der Lücke. Für eine planwidrige Unvollständigkeit spricht jedoch der Umstand, daß sich – soweit ersichtlich – weder die Rechtsprechung noch die Literatur mit dieser Thematik im Zusammenhang mit dem nahezu gleichlautenden „Vorgänger“ des Art. 103 Abs. 2 GG, dem Art. 116 WRV, befaßt hat. Offensichtlich existierte überhaupt kein Problembewußtsein dafür, diese Thematik mit Art. 103 Abs. 2 GG zu regeln, weshalb davon ausgegangen werden kann, daß eine planwidrige Lücke vorliegt.

*cc) Analogie aufgrund einer Ähnlichkeit der zu regelnden Fälle*

Voraussetzung für einen Analogieschluß ist der Nachweis, daß das Besondere, für das die rechtliche Regelung fehlt (vorliegend: die rückwirkende Nichtbeachtung der Rechtspraxis der DDR aufgrund der Berücksichtigung der Radbruchschen Formel), mit dem Besonderen, für das die Regelung vorhanden ist (vorliegend: eine rückwirkende Gesetzesänderung), diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die rechtliche Regelung beruht.<sup>437</sup> Somit ist die Übertragung der für einen Tatbestand gesetzlich fixierten Regel auf einen im Gesetz nicht geregelten Fall zulässig, soweit eine Ähnlichkeit zwischen dem unregelmäßigem Tatbestand und dem geregelten Fall in den für die rechtliche Bewertung maßgeblichen Punkten vorliegt.

Aus der Sicht der betroffenen Mauerschützen liegt die Antwort auf die Frage der maßgeblichen Ähnlichkeit auf der Hand: Für den Mauerschützen, der auf die Straflosigkeit seines Handelns vertraut hat, ist es gleichgültig, ob dieses Vertrauen durch den Erlass eines rückwirkenden Strafgesetzes

---

<sup>436</sup> vgl. Haffke, S. 49 Fn 17

<sup>437</sup> vgl. die grundsätzlichen Ausführungen zur Problematik des Analogieschlusses bei Engisch, S. 147 ff.

oder durch nachträgliche Anwendung der Radbruchschen Formel enttäuscht wird.<sup>438</sup> Die Nichtigkeit wird erst ex post festgestellt. Unter Hinweis auf diesen Gesichtspunkt wird eine Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG gefordert: Mit dem Verdikt der Nichtigkeit könne die tatsächliche Existenz der Norm nicht rückwirkend aus der Welt geschafft werden, da sie immerhin auf dem Normsetzungsakt einer Legislative mit entsprechendem Rechtsschein beruhe, dem unter Vertrauensschutzaspekten Rechnung zu tragen sei.<sup>439</sup> Die Konfliktsituation des Einzelnen sei hier mit dem des klassischen Anwendungsfalls des Art. 103 Abs. 2 GG vergleichbar.<sup>440</sup> Zunächst ist aber zu prüfen, ob weitere Gesichtspunkte einem Ähnlichkeitsurteil entgegenstehen.

*dd) Funktionsgleichheit von Rechtsprechung und Gesetzgebung?*

Vorliegend geht es - wie oben bereits festgestellt<sup>441</sup> - nicht um die generelle Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung verbietet. Hier ist nur zu klären, ob speziell in den Mauerschützenfällen unter der Maßgabe von Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB bei der Frage nach *dem seinerzeit geltenden Recht* der DDR eine Berücksichtigung der Radbruchschen Formel gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Die Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung ist vorliegend aber möglicherweise unter folgendem Gesichtspunkt erheblich: Sofern eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung - entgegen der h.M.<sup>442</sup> - gegen Art. 103 Abs. 2 GG analog verstößt, würde auch die nachträgliche Anwendung der Radbruchschen Formel als ein Akt der Rechtsprechung in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG fallen.

---

<sup>438</sup> vgl. Schönke-Schröder-Eser, § 2 StGB Rdn. 9 zur Frage der Vergleichbarkeit einer nachträglichen Rechtsprechungsänderung mit dem nachträglichen Erlaß eines rückwirkenden Strafgesetzes

<sup>439</sup> Loré, S. 279

<sup>440</sup> Lorenz, JZ 1994, 388, 393

<sup>441</sup> s.o. E.VII.2.c)

<sup>442</sup> siehe hierzu bereits E.VII.2.c)

Deshalb wird zunächst der Frage nachgegangen, ob nicht schon aufgrund der eben festgestellten<sup>443</sup> gleichgewichtigen Beeinträchtigung des durch den Rückwirkungseffekt belasteten Täters eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung im Wege einer analogen Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG in dessen Schutzbereich fällt.

Gegen den offensichtlichen Befund einer gleichgewichtigen Beeinträchtigung der Interessen der Angeklagten bei einer Rechtsprechungsänderung wie bei einer Gesetzesänderung läßt sich ein relevanter funktionaler Unterschied von Rechtsprechung und Gesetzgebung einwenden.

In der Diskussion zur Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung wird auf die Aufgabe der Rechtsanwendung zur retrospektiven Entscheidung des Einzelfalles im Gegensatz zu den abstrakt-generell formulierten und in die Zukunft gerichteten Akten der Gesetzgebung hingewiesen; die Rückwirkung gehöre deshalb zum Wesen der Rechtsprechung und stehe deshalb einer Berücksichtigung des Rückwirkungsverbotes entgegen.<sup>444</sup>

Auch wird im Zusammenhang mit der Bindung des Richters an das Gesetz vermerkt, daß jeder Richterspruch lediglich eine Auslegung der zum Tatzeitpunkt existenten strafgesetzlichen Norm darstelle.<sup>445</sup> Falls sich die bisherige Rechtserkenntnis als irrtümlich erweist, zeige sich die als nunmehr zutreffend erkannte Auslegung der bereits bestehenden Norm. Deshalb beinhalte die Änderung der Rechtsprechung nur eine berichtigte Rechtserkenntnis und keine Setzung neuen Rechts.

Gegen das Argument fehlender Funktionsgleichheit ist einzuwenden, daß die Frage der formellen Funktionsverteilung zwischen Legislative und Judikative im Rahmen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht maßgeblich sein kann.<sup>446</sup> Geht man von der verfassungsrechtlichen Realität der in einem gewissen

---

<sup>443</sup> s.o. E.VII.2.e)cc)

<sup>444</sup> Picker, JZ 1984, 153, 155; Schünemann, S. 28; Stree, S. 81; Tröndle, S. 125 und S. 134

<sup>445</sup> LK-Tröndle, § 2 Rdn. 18

<sup>446</sup> vgl. Loré, S. 189

Maße vorliegenden Funktionenverschränkung zwischen Legislative und Judikative im Prozeß der Rechtserzeugung aus, so kann nicht auf das als Verfassungsideal existierende Modell der strikten Gewaltentrennung<sup>447</sup> im Sinne einer Funktionsaufteilung zurückgegriffen werden, um den Schutzbereich des Rückwirkungsverbots auf Akte der Legislative zu beschränken. Darüber hinaus ist dem Einwand, daß ein wesentlicher Funktionsunterschied in der Aufgabe der Justiz zur Entscheidung abgeschlossener Fälle liege zu entgegnen, daß die richterliche Rechtsfindung - ebenso wie eine Gesetzesänderung - zwangsläufig die Änderung einer Regel beinhaltet.<sup>448</sup> Eine Rechtsprechungsänderung beinhaltet daher nicht nur die Einschätzung eines singulären Einzelfalls, sondern ist - will sie sich nicht dem Vorwurf der Willkürjustiz aussetzen - notwendigerweise regelgebunden. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß strukturelle Unterschiede zwischen der Regelsetzung des Gesetzgebers und derjenigen der Gerichte verbleiben: Für die Gerichte sind Regelbildungen nur ein Mittel, um ihre originäre Aufgabe, die Entscheidung von Einzelfällen zu bewältigen; die Formulierung von Rechtsregeln, die nicht die Entscheidung des zu beurteilenden Falles mittragen, liegen außerhalb der Kompetenz der Justiz,<sup>449</sup> während die Legislative gerade die Aufgabe hat Rechtsregeln zu bilden. Außerdem haben die richterlich formulierten Regeln über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht die rechtliche Verbindlichkeit einer gesetzlich formulierten Regel.<sup>450</sup> Dem Selbstverständnis der Gerichte zufolge haben Präjudizien zwar normative Relevanz für die künftige Rechtsprechung. Eine ständige Rechtsprechung darf nur geändert werden, wenn ganz überwiegende Gründe für die abweichende Auffassung sprechen.<sup>451</sup> Somit ist das Faktum einer ständigen Rechtsprechung ein rechtlich relevantes Argument für

---

<sup>447</sup> vgl. hierzu bereits oben E.I. die Ausführungen zum Gesetzeszweck des Art. 103 Abs. 2 GG

<sup>448</sup> ausführlich Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 337

<sup>449</sup> Schlüchter, S. 119

<sup>450</sup> Inwieweit dabei dem Richterrecht die Qualität einer Rechtsquelle zuerkannt wird, ist umstritten (vgl. Bydlinski, JZ 1985, 149 ff.): Larenz (S. 126) deutet das Richterrecht als bloße Rechtserkenntnisquelle, Kriele (S. 243) spricht von einer Verbindlichkeitsvermutung, Bydlinski (JZ 1985, 153 f.) von einer eigenständigen, aber im Vergleich zum Gesetz schwächeren Rechtsquelle und Fikentscher (S. 143) geht von einer dem Gesetzesrecht ebenbürtige Quelle von Fallnormen aus.

<sup>451</sup> BGHZ 85, 64, 66

deren Beibehaltung, so daß den Präjudizien nicht nur eine faktische Vorbildwirkung, sondern auch eine begrenzte normative Relevanz zukommt.<sup>452</sup>

Ohne Relevanz ist der Gesichtspunkt, daß Entscheidungen der Judikative lediglich das bereits existente Gesetz auslegen. Aufgrund der dargelegten normativen Wirkung von Judikaten ist die Folgerung nicht haltbar, eine neue nunmehr als zutreffend erkannte Rechtsauffassung enthalte keine Setzung neuen Rechts.

Festzuhalten bleibt nach alledem ein struktureller Unterschied zwischen der Rechtsprechung und Gesetzgebung im Hinblick auf deren jeweilige Regelbildung.

Weiter ist zu bedenken, daß unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung staatlicher Instanzen ein Unterschied zwischen den Akten der Judikative und Akten der Legislative bestehen könnte. Diese Frage ist insofern relevant, als aufgrund der bereits festgestellten objektiv-rechtlichen Vertrauensschutzfunktion des Art. 103 Abs. 2 GG<sup>453</sup> nur dann ein Rückwirkungsverbot als Beschränkung der Handlungsbefugnis des Staats angebracht erscheint, wenn die Rechtsordnung bei Akten der Judikative in gleicher Weise wie bei Akten der Legislative zu erkennen gibt, daß sie der Entscheidung über den Einzelfall hinaus Bedeutung beimißt. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, daß Art. 103 Abs. 2 GG das Rückwirkungsverbot bereits seinem Wortlaut nach auf die Gesetzgebung beschränkt. So gesehen wird der Bürger geradezu davor gewarnt sich darauf zu verlassen, daß die Rechtsprechung nicht rückwirkend geändert wird. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß im Zusammenhang mit einer gerichtlichen Entscheidung von staatlicher Seite öffentlich eine bestimmte Rechtsauffassung als richtig und maßgeblich dargestellt wird.<sup>454</sup>

---

<sup>452</sup> Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 337

<sup>453</sup> s.o. E.I.

<sup>454</sup> Nach Neumann (ZStW 1991 (107), 331, 350) soll nur den Entscheidungen der Revisionsgerichte in Strafsachen aufgrund des Instituts der Vorlagepflicht (§ 121 Abs. 2 GVG) unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes eine besondere Bedeutung zukommen. Bei Entscheidungen nach § 121 Abs. 1 Nr. 1 a, b GVG ist die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofes oder eines anderen Oberlandesgerichts insofern verbindlich, als sie

Außerdem wird auf die Aufgabe der Rechtsprechung verwiesen, ihre Entscheidung aus dem Gesetz zu begründen und die Gefahr diagnostiziert, daß die Selbstbindung der Rechtsprechung durch ein Rückwirkungsverbot zu einer Lockerung ihrer Bindung an das Gesetz und zu einer Diminuirung des Begründungszwanges führen könnte.<sup>455</sup>

Diese Befürchtung, daß eine partielle Bindung der Rechtsprechung durch ein Rückwirkungsverbot eine Lockerung der Gesetzesbindung korrespondieren könnte, erscheint nicht begründet. Die Judikative ist mit oder ohne Rückwirkungsverbot gleichermaßen verfassungsrechtlich dem Gesetz unterworfen. Die mit einer Gerichtsentscheidung zwangsläufig verbundene Regelbildung besteht unabhängig von einer Anwendung des Rückwirkungsverbots.

Schließlich lassen sich gravierende Umsetzungsprobleme in der Praxis gegen ein Rückwirkungsverbot geltend machen. Sofern die Gerichte den konkreten zur Anklage gebrachten Fall infolge des Rückwirkungsverbots nicht nach einer neuen Rechtsregel entscheiden dürfen, kann ein Strafverfahren nach der Konzeption des StPO von vornherein nicht durchgeführt werden, weil es nur mit einem Freispruch enden könnte und sowohl die Anklageerhebung (§ 170 StPO) als auch der Eröffnungsbeschluß (§ 203 StPO) die Bejahung einer Verurteilungswahrscheinlichkeit voraussetzt.<sup>456</sup> Folge davon wäre, daß die bisherige Auslegung praktisch zementiert und eine Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung verhindert wird.<sup>457</sup> Dem kann nicht entgegengehalten werden,<sup>458</sup> daß die Staatsanwaltschaft derzeit auch in den Fällen Anklage erheben darf, in denen sie -

---

abweichende Entscheidungen dieser Gerichte verhindert. Indem das Rechtssystem den von den Revisionsgerichten formulierten Rechtsregeln für künftige Fallentscheidungen rechtliche Bedeutung zuerkennt, seien diese als Bestandteil der Rechtsordnung anzusehen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsordnung als Verhaltensordnung werde ihnen so eine handlungsleitende Funktion zugesprochen. Der instanzgerichtlichen Rechtsprechung dagegen komme nur eine faktische Orientierungsfunktion für den Einzelnen zu, die jedoch von der Rechtsordnung nicht intendiert sei und deshalb nicht mit den revisionsgerichtlichen Entscheidungen gleichgesetzt werden kann.

<sup>455</sup> Jakobs, AT, S. 105

<sup>456</sup> Tröndle, S. 126; Haffke, S. 142

<sup>457</sup> vgl. Jakobs, Strafrecht AT, S. 105

<sup>458</sup> so aber Loré, S. 198

abweichend zu der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung - eine Verurteilung des Angeklagten für möglich hält, weil sie einen Wandel dieser Rechtsprechung nicht ausschließt und einen Anstoß dazu geben möchte.<sup>459</sup> Denn im Falle eines Rückwirkungsverbots entfällt jegliche Verurteilungswahrscheinlichkeit.

Um bei der bestehenden Gesetzeslage bei Annahme eines Rückwirkungsverbots eine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung zu ermöglichen, wird vorgeschlagen, Regeländerung und Fallentscheidung in der Weise zu verbinden, daß der Urteilsspruch die geänderte rechtliche Bewertung der Tat zum Ausdruck bringt und das Rückwirkungsverbot auf die Strafverhängung beschränkt wird.<sup>460</sup> Abgesehen davon, daß die Strafprozeßordnung eine solche Tenorierung nicht vorsieht,<sup>461</sup> würde dieser Urteilsspruch anstelle eines Freispruchs jedoch gegen den analog angewendeten Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen bzw. eine nur eingeschränkt analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG zulassen. Eine eingeschränkte analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG ließe sich aber nicht ohne weiteres begründen, insbesondere weil verfahrenstechnische Schwierigkeiten nicht die Einschränkung rechtsstaatlicher Prinzipien rechtfertigen.<sup>462</sup> Aus eben dieser Erwägung wäre es ebenfalls unzulässig, eine Anklage entgegen §§ 170 Abs. 1, 203 StPO bei analoger Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG und damit verbundenem Freispruch im Falle einer Rechtsprechungsänderung zuzulassen.<sup>463</sup> Vielmehr hätte eine analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG de lege lata zur Folge, daß eine einmal bestehende Rechtsprechung nicht mehr „verschärft“ werden könnte.<sup>464</sup>

---

<sup>459</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, vor § 141 GVG Rdn. 11

<sup>460</sup> Kohlmann, S. 290; Straßburg, ZStW 82 (1970), 948, 967

<sup>461</sup> Tröndle, S. 125

<sup>462</sup> zu dieser grundsätzlichen Erwägung Müller-Dietz, S. 48

<sup>463</sup> Der Hinweis bei Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 356 und Loré, S. 198, daß dieser Nachteil für den Täter hinzunehmen sei, weil ansonsten dem Rückwirkungsverbot überhaupt keine Geltung verschafft werden könne und der Täter dann alternativ zu verurteilen wäre, geht somit fehl. Dieser Argument würde allenfalls dann greifen, wenn nicht eine dem Täter noch günstigere Variante - nämlich die Einstellung des Verfahrens gem. § 170 Abs. 2 StPO bzw. § 204 StPO - zur Verfügung stünde

<sup>464</sup> zu den Unzulänglichkeiten einer Anklündigung von Rechtsprechungsänderungen vgl. Neumann, ZStW 103 (1991), 331, 351 f.

### ee) Ähnlichkeitsurteil in den Mauerschützenfällen

Den vorangegangenen Erörterungen zufolge spricht einiges für eine analoge Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung. Es erscheint durchaus fraglich, ob eine maßgebliche Funktionsverschiedenheit zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung auszumachen ist, die trotz einer vergleichbaren beeinträchtigenden Wirkung von rückwirkenden Änderungen einer Analogie entgegenstehen. Diese - wie sich gezeigt hat - durchaus schwierige und strittige Frage kann indessen offengelassen werden, wenn jedenfalls in den vorliegend zur Diskussion stehenden Mauerschützenfällen ein Ähnlichkeitsurteil möglich ist. Wie bereits oben festgestellt,<sup>465</sup> kann vorliegend die Beantwortung der Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG eine rückwirkende Rechtsprechungsänderung verbietet dahingestellt bleiben, wenn sich wenigstens feststellen läßt, daß in den Mauerschützenfällen unter der Maßgabe von Art. 315 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB bei der Frage nach dem *seinerzeit geltenden Recht der DDR* eine Berücksichtigung der Radbruchschen Formel mit Art. 103 Abs. 2 GG analog kollidiert. Dabei ist maßgeblich, daß sich die Strafbarkeit der Mauerschützen an dem unter nachträglicher Berücksichtigung der Radbruchschen Formel zu bestimmenden Geltungsumfang einer Rechtsnorm (§ 27 DDR-GrenzG) entscheidet, die *nicht mehr in Geltung ist*. Die in Rede stehende Rechtsnorm (§ 27 DDR-GrenzG) steht somit nicht mehr im Kontext eines gültigen Rechtssystems. Bei ihrer Anwendung stellt sich im Gegensatz zu einer noch gültigen Rechtsnorm nicht mehr die Frage, wie sie jetzt und in Zukunft richtig zu verstehen und auszulegen ist. Die Rechtsfindung spielt sich innerhalb eines zeitlich abgeschlossenen Rechtssystems ab und steht deshalb nicht vor dem Kontext einer Auslegungsänderung im Sinne einer Rechtsfortbildung. Hieraus folgt im Hinblick auf ein Ähnlichkeitsurteil, daß gegen den offensichtlichen Befund einer gleichgewichtigen Beeinträchtigung der Interessen der Mauerschützen bei einer nachträglichen Anwendung der Radbruchschen Formel wie bei einer rück-

---

<sup>465</sup> E.VII.2.d)dd) 1. Absatz

wirkenden Gesetzesänderung keine weiteren Gesichtspunkte einem Ähnlichkeitsurteil entgegenstehen. Die im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung diskutierten Funktionsunterschiede zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung sind im Zusammenhang mit der Rückwirkungsproblematik der Mauerschützen aufgrund der zeitlichen Abgeschlossenheit des zur Beurteilung stehenden Rechtssystems nicht relevant. Insbesondere besteht nicht der schwerwiegende Einwand, daß die Aufgabe der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung nicht mehr erfüllt werden kann, weil sich eine einmal vorgenommene Auslegung nicht mehr korrigieren läßt.

Somit ist von einer analogen Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG und damit von einem Eingriff in dessen Schutzbereich durch die nachträgliche Anwendung der Radbruchschen Formel auszugehen.

### **VIII. Einschränkung von Art. 103 Abs. 2 GG**

Nach dem bisherigen Gang der Untersuchung ist festzustellen, daß die Mauerschützen aufgrund der Anwendbarkeit der Radbruchschen Formel nicht nach § 27 DDR-GrenzG gerechtfertigt sind, jedoch eine heutige Strafverfolgung in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG eingreift. Angesichts dieses Befundes ist von einem rechtsstaatlichen Dilemma die Rede, weil der Rechtsstaat die in der Rechtspraxis der DDR angewandten Rechtfertigungsgründe wegen Art. 103 Abs. 2 GG zu berücksichtigen habe; eine Bestrafung sei deshalb nur im Wege einer Grundgesetzänderung durch eine entsprechende Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG zu erreichen.<sup>466</sup>

Ein Ausweg aus diesem Dilemma ohne Grundgesetzänderung wäre jedoch möglich, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG vorliegend verfassungsrechtlich zulässig wäre, so daß die Grenzsoldaten, obwohl sie zur Zeit der Tat der Staatspraxis der DDR zufolge als gerechtfertigt angesehen wurden und diese Staatspraxis grundsätzlich auch durch

---

<sup>466</sup> z.B. Laskowski, JA 1994, 151, 165; Dannecker, Jura 1994, 585, 593; Jakobs, GA 1994, 1, 2 ff.; Isensee, S. 105 f.; H. Dreier, JZ 1997, 421, 431 f.

eine analoge Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG geschützt wird, aufgrund eines *zulässigen Eingriffs* in Art. 103 Abs. 2 GG bestraft werden können.

### **1. Der Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zu Verfassungsbeschwerden von Mauerschützen/Hintermännern**

Wie oben dargestellt,<sup>467</sup> geht das Bundesverfassungsgericht von einem Eingriff in Art. 103 Abs. 2 GG aus und betont die strikte Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG, läßt diese aber dann zurücktreten, wenn erstens weder die Demokratie noch die Gewaltenteilung, noch die Grundrechte verwirklicht sind und zweitens unter diesen Umständen Rechtfertigungsgründe geschaffen werden, die extremes Unrecht decken. Es wurde bereits erörtert,<sup>468</sup> daß eine demokratisch-rechtsstaatliche Gesetzgebung nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG ist. Aus denselben Gründen kann daher auch keine Einschränkung von Art. 103 Abs. 2 GG hergeleitet werden.

Im Hinblick auf das hier zu erörternde zweite Argument des Bundesverfassungsgerichts für eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG erscheint widersprüchlich, daß das Bundesverfassungsgericht wiederholt und systematisch vom strikten oder absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG spricht und gleichzeitig von „Einschränkungen des absoluten Rückwirkungsverbotes des Art. 103 Abs. 2 GG“ im Zusammenhang mit einem „Konflikt zwischen den unverzichtbaren rechtsstaatlichen Geboten des Grundgesetzes und dem absoluten Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG“ die Rede ist:<sup>469</sup>

Ein absolutes Verbot zeichnet sich dadurch aus, daß es keine Einschränkungen kennt, niemals ernsthaft in einen Konflikt mit anderen Geboten gerät, da es wegen seiner Absolutheit und Striktheit von vornherein vorrangig gilt und schon gar nicht im Verhältnis zu anderen Geboten zurück-

---

<sup>467</sup> s.o. C.III.2.

<sup>468</sup> s.o. E.III.

<sup>469</sup> vgl. BVerfG JZ 1997, 142, 144

treten muß.<sup>470</sup> Was absolut ist kann nicht eingeschränkt werden oder mit „unverzichtbaren“ anderen Geboten im Konflikt stehen und dann auch noch zurücktreten.

Offensichtlich ist diese Widersprüchlichkeit nur Folge nachlässiger Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts. Es läßt sich auch darüber mutmaßen, daß das Bundesverfassungsgericht die von ihm selbst nicht beachtete Absolutheit und Striktheit des Art. 103 Abs. 2 GG betont, um zu vermeiden, daß Art. 103 Abs. 2 GG in den Strudel der im Verfassungsrecht allgegenwärtigen Abwägungen gerissen wird.<sup>471</sup> Jedenfalls ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts letztlich nur dahingehend zu verstehen, daß das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in allen Situationen gilt und in den Mauerschützenfällen aufgrund des Vorrangs materieller Gerechtigkeitserwägungen gerade nicht strikt und absolut anzuwenden ist.

Zunächst ist die Frage zu klären, ob Art. 103 Abs. 2 ausnahmslose Geltung beansprucht.

## ***2. Kollisionslösung bei vorbehaltlosen Grundrechten durch Güterabwägung und praktische Konkordanz***

Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Einschränkung wirft zunächst die Frage auf, ob eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich zulässig ist. Man könnte dagegen einwenden, daß der Wortlaut der Verfassung entgegensteht, da diese keine Schrankenklausel enthält. Freilich ist dabei zu berücksichtigen, daß das Bundesverfassungsgericht seit der Kriegsdienstverweigerungsentscheidung<sup>472</sup> die Formel anwendet, daß „auch uneinschränkbare Grundrechte“ nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden können, wenn „Grundrechte Dritter“ oder „andere mit Verfassungsrang ausgestattete

---

<sup>470</sup> Alexy, Beschluß, S. 21

<sup>471</sup> Alexy, Beschluß, S. 23

<sup>472</sup> BVerfGE 28, 243, 261

Rechtswerte“ dies fordern. Mit dieser Formel wird der Gedanke einer systematischen Interpretation zum Ausdruck gebracht, wonach Normen einer Ebene, hier der Verfassung, sich gegenseitig einschränken können, was der Idee der Einheit der Verfassung entspricht.<sup>473</sup> In der Verfassungsrechtsdogmatik ist in diesem Zusammenhang auch von *praktischer Konkordanz* die Rede. Im wesentlichen mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts übereinstimmend sind dieser Argumentationsfigur zufolge verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter in der Problemlösung einander so zuzuordnen, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt.<sup>474</sup> Das Grundgesetz nimmt die Zuordnung von Freiheitsrechten und anderen Rechtsgütern nur zu einem geringen Teil selbst vor.<sup>475</sup> Mit Ausnahme der vom Grundgesetz selbst ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 GG angeordneten besonderen Wertigkeit der Menschenwürde kann eine Wertrangordnung unter den Verfassungsgütern nicht aufgestellt werden.<sup>476</sup> Trotzdem läßt sich die Frage nach dem Gewicht des betroffenen Rechtsguts stellen.<sup>477</sup> Erreicht werden soll, daß die Wertungen für eine Güterabwägung allein von der Ebene der Verfassung aus bestimmt werden.<sup>478</sup> Vornehmstes Prinzip für die Interpretation des Grundgesetzes ist dabei die Einheit der Verfassung, deren Wesen darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.<sup>479</sup> Daraus folgt, daß jede einzelne Norm stets in ihrem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung zu sehen und widerspruchsfrei zu interpretieren ist.<sup>480</sup> Damit die jeweils kollidierenden Verfassungsgüter zu optimaler Wirksamkeit gelangen, verlangt die Aufgabe der Optimierung den betreffenden Rechtsgütern Grenzen zu ziehen. Die Grenzziehung muß im jeweiligen Fall verhältnismäßig sein und darf nicht weitergehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechts-

---

<sup>473</sup> Alexy, Beschluß, S. 25

<sup>474</sup> Hesse, S. 28

<sup>475</sup> Hesse, S. 28 Fn. 31

<sup>476</sup> BVerfGE 81, 278, 289; Stern III/2, S. 614 f.

<sup>477</sup> BVerfGE 2, 1, 72 f.; 28, 243, 261

<sup>478</sup> Hesse, S. 28 Fn. 31

<sup>479</sup> BVerfGE 19, 206, 220

<sup>480</sup> Hesse, S. 28; Stern, III/2, S. 664 f.; Alexy, Beschluß, S. 25

güter herzustellen.<sup>481</sup> Die Abwägungsentscheidung ist danach auszurichten, welchem betroffenen Verfassungsgut im Falle der Kollision die größere Bedeutung zuzumessen ist.<sup>482</sup>

Diese Güterabwägungslehre ist so weitgehend anerkannt, daß von akzeptiertem Verfassungsrichterrecht gesprochen werden kann.<sup>483</sup>

Damit ist festzustellen, daß eine Einschränkung vorbehaltlos formulierter Grundrechte grundsätzlich möglich ist. Offen ist, ob auch Art. 103 Abs. 2 GG einer derartigen Einschränkungsmöglichkeit unterliegt.

### **3. Art. 103 Abs. 2 GG kein absolutes Recht**

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur wird Art. 103 Abs. 2 GG als eine der wenigen Bestimmungen angesehen, deren Gehalt so klar ist, wie der Normtext es ausweist, soweit es um das darin enthaltene Rückwirkungsverbot für Strafgesetze geht; demnach sei aufgrund Art. 103 Abs. 2 GG im Bereich des Strafrechts radikal jegliche Rückwirkung ausgeschlossen.<sup>484</sup>

Eine absolute Geltung folge aus dem *argumentum e contrario* zu Art. 20 Abs. 3 GG, der die strikte Bindung des Richters an das Gesetz ausdrücklich auflockert und den Richter auch dem „Recht“ unterstellt.<sup>485</sup> Daraus ergebe sich auch, daß den Verfassern des Grundgesetzes das Problem des staatlichen Unrechts durchaus bekannt gewesen sei. In Art. 103 Abs. 2 GG sei ganz bewußt nur der Begriff des Gesetzes verwandt und damit zum Ausdruck gebracht worden, daß die Schöpfer der Verfassung die Radbruchsche Formel hier nicht angewandt wissen wollten.<sup>486</sup>

Aus einem Vergleich von Art. 103 Abs. 2 GG mit Art. 20 GG kann sicherlich hergeleitet werden, daß Art. 103 Abs. 2 GG für den Bereich des Strafrechts Art. 20 GG konkretisiert, weil der mit der Bestrafung verbun-

---

<sup>481</sup> Hesse, S. 28

<sup>482</sup> Jansen, *Der Staat* 36 (1997), 27, 50 f.

<sup>483</sup> Stern, III/2, S. 628 f. mit weiteren Nachweisen

<sup>484</sup> vgl. Classen, GA 1998, 215; Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 2 GG Rdn. 177, 238

<sup>485</sup> Günther, *Festschrift Grünwald*, S. 214

<sup>486</sup> Classen, GA 1998, 215, 217

dene Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen aufgrund des sozialetischen Unwerturteils und der Übelzufügung besonders schwer wiegt und die Gefahr unangemessener Reaktion besonders groß ist.<sup>487</sup> Jedoch kann daraus nicht gefolgert werden, bei Art. 103 Abs. 2 GG habe deshalb die allgemeine Verfassungsrechtsdogmatik bei kollidierenden Verfassungsgütern zugunsten einer absoluten Wirkung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu gelten.<sup>488</sup> Damit kann auch nicht der Schluß gezogen werden, die Verfassungsgeber hätten sich gegen die Radbruchsche Formel im Bereich des Strafrechts entschieden.

Für eine absolute Geltung wird weiter vorgetragen, diese ergebe sich aus einem Vergleich des Art. 103 Abs. 2 GG mit Art. 7 EMRK, der in seinem Absatz 2 das strafrechtliche Rückwirkungsverbot durch eine Naturrechtsklausel relativiert, weil ausgerechnet gegen diese Klausel die Bundesrepublik Deutschland 1953 im Ratifizierungsverfahren einen nach Art. 64 EMRK zulässigen Vorbehalt angebracht hat,<sup>489</sup> um die absolute Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG sicherzustellen.<sup>490</sup> Dieser Umstand kann jedoch für die Interpretation der Verfassung keine zwingende Bedeutung erlangen, da der Vorbehalt nur von der Regierung eingelegt und im parlamentarischen Ratifizierungsverfahren - also auf der Ebene des einfachen Gesetzgebers - erörtert wurde.<sup>491</sup>

Letztlich existieren keine überzeugenden Argumente für eine uneingeschränkte Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG. Ein Nachweis darüber, daß dem Rückwirkungsverbot ein höherer Rang als anderen Verfassungsprinzipien zukommen soll, läßt sich nicht führen.<sup>492</sup> Daher kann nicht von einer absoluten und strikten Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG ausgegangen werden.<sup>493</sup> Der Lösung des Bundesverfassungsgericht steht somit nicht eine vorbehaltlose Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.

---

<sup>487</sup> Grünwald, Festschrift Kaufmann, S. 436

<sup>488</sup> Rosenau, S. 250

<sup>489</sup> BGBl. 1954 II, 14

<sup>490</sup> Grünwald, Festschrift Kaufmann, S. 446 f.; Günther, Festschrift Grünwald, S. 214

<sup>491</sup> Classen, GA 1998, 215, 218

<sup>492</sup> vgl. auch Rosenau, S. 239 ff.

<sup>493</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 35; derselbe, Beschluß, S. 15; Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Art. 103 GG, Rdn. 255; Lorenz, NSTZ 1992, 422, 426 Fn. 55; Scholten, ZRP 1992, 476, 480

#### **4. Einschränkung des Art 103 Abs. 2 GG mit dem Gebot materieller Gerechtigkeit**

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts steht vorliegend Art. 103 Abs. 2 GG in Konflikt mit dem „Gebot materieller Gerechtigkeit,“ da eine Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG die Straffreiheit der Mauerschützen und damit die Anerkennung extremen Unrechts zur Folge hätte. Deshalb sei die Einschränkung von Art. 103 Abs. 2 GG von Verfassungs wegen zuzulassen.<sup>494</sup>

Im Hinblick auf diese vom Bundesverfassungsgericht knapp angedeutete Abwägung stellt sich die Frage, ob die den vorangegangenen Erörterungen zufolge zumindest nicht vorbehaltlose Geltung des Art. 103 Abs. 2 GG in der vom Bundesverfassungsgericht angenommenen Weise einzuschränken ist. Die Lösung des Bundesverfassungsgerichts könnte mit einer Optimierung kollidierender Verfassungswerte im Wege der praktischen Konkordanz bzw. der Güterabwägung begründet werden. Letztlich ist zu erörtern, inwieweit eine Bestrafung unter Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG aufgrund kollidierender Verfassungswerte möglich ist. Als mit Art. 103 Abs. 2 GG kollidierender Verfassungswert kommt das Gebot materieller Gerechtigkeit in Betracht:

##### **a) Das Rechtsstaatsprinzip und das daraus resultierende Gebot der materiellen Gerechtigkeit**

Das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip hat in seiner materiellen Komponente das Ziel in der „Erlangung und Erhaltung materieller Gerechtigkeit.“<sup>495</sup> Dieses Gebot der materiellen Gerechtigkeit ist ein sehr allgemeines und abstraktes Prinzip. Seine Verwirklichung ist vorrangig Aufgabe des Gesetz- und Verfassungsgebers.<sup>496</sup> Sache des Gesetzge-

---

<sup>494</sup> vgl. BVerfG JZ 1997, 142, 144

<sup>495</sup> BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196; 20, 323, 331, 21, 378, 388; 22, 322, 329; 25, 269, 290; 35, 41, 47; 37, 57, 65; 38, 105; 115; 52, 131, 144 f.; Stern I S. 797 mit weiteren Nachweisen in der Literatur

<sup>496</sup> Alexy, Beschluß, S. 25

bers ist somit auch die materielle Gerechtigkeit in der Strafgesetzgebung zu verwirklichen. Das Strafrecht bringt mit seiner Strafandrohung gegenüber der Allgemeinheit zum Ausdruck, welche Rechtsfolgen ein Hinwegsetzen über die Verbote und Gebote hat und daß sich das Recht zum Schutz der Rechtsgüter durchsetzt. Neben diesem Ziel der Generalprävention durch seinen Abschreckungseffekt gegenüber potentiellen Tätern tritt ein spezialpräventiver Aspekt, mit dem der Täter selbst angesprochen und von weiteren Straftaten abgehalten werden soll.<sup>497</sup> Unabhängig davon, ob dem Strafrecht zusätzlich zu der General- und Spezialprävention auch noch eigenständig eine schuldausgleichende Wirkung bzw. eine Sühne- und Genugtuungsfunktion beigemessen wird,<sup>498</sup> droht vorliegend der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit in Form eines grundsätzlich bestehenden Strafanspruchs Art. 103 Abs. 2 GG entgegenzustehen - es sei denn, Art. 103 Abs. 2 GG ist im Wege der Güterabwägung und der praktischen Konkordanz durch das Gebot der materiellen Gerechtigkeit einzuschränken.

### **b) Kollisionslösung zwischen Art. 103 Abs. 2 GG und dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit durch Güterabwägung und praktische Konkordanz**

Wie bereits ausgeführt sind kollidierende Verfassungsgüter im Wege der Güterabwägung und praktischen Konkordanz einander den oben dargelegten Grundsätzen<sup>499</sup> entsprechend zuzuordnen:

Unter den Justizgrundrechten kommt Art. 103 Abs. 2 GG hohes Gewicht zu. Augenfällig wird dies schon dadurch, daß die Auffassung vertreten wird, Art. 103 Abs. 2 GG gelte absolut.<sup>500</sup> Der hohe Rang des Art. 103 Abs. 2 GG kommt im System der Grundrechte durch die vorbehaltlose Gewährleistung zum Ausdruck - eine vorbehaltlose Gewährleistung kann

---

<sup>497</sup> Schönke-Schröder-Stree, Vorbem. §§ 38 ff. StGB Rdn. 2

<sup>498</sup> vgl. Tröndle in Tröndle-Fischer, § 46 StGB Rdn. 3

<sup>499</sup> s.o. E.VIII.2

<sup>500</sup> s.o. E. VIII.3

zumindest prima facie als direkte Normierung dessen hohen Gewichtes interpretiert werden.<sup>501</sup>

Zu berücksichtigen ist außerdem die hohe Eingriffsintensität, die mit einer Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG zwangsläufig eintritt: Auf den Einzelfall der betroffenen Mauerschützen bezogen, entfällt die Schutzwirkung des Rückwirkungsverbots vollständig. Diese Intensität der Verletzung eines Verfassungsrechtsgutes steigert dessen Schutzwürdigkeit und erschwert die Rechtfertigung des Eingriffs.<sup>502</sup>

Schließlich ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Sinne einer verhältnismäßigen Zuordnung der in Rede stehenden kollidierenden Verfassungsgüter zu berücksichtigen.

Aus alledem ergibt sich, daß verfassungsrechtlich eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 2 GG dahingehend geboten erscheint, daß dieser einer Bestrafung der vorsätzlichen Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze nicht entgegensteht:

Trotz der vorbehaltlosen Gewährleistung des Art. 103 Abs. 2 GG und der mit dem vollständigen Wegfall von dessen Schutzwirkung verbundenen hohen Eingriffsintensität ist dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit der Vorrang einzuräumen. Das Gebot der materiellen Gerechtigkeit ist als eine grundlegende Maxime des Grundgesetzes anzusehen. Zwar kann es trotzdem als allgemeines und abstraktes Prinzip, dessen Verwirklichung vorrangig Aufgabe des Gesetz- und Verfassungsgebers ist,<sup>503</sup> im Rahmen einer Kollisionslösung nicht grundsätzlich dem vorbehaltlos gewährleisteten Art. 103 Abs. 2 GG gleichgestellt werden. Für den Normalfall gilt sicherlich, daß Art. 103 Abs. 2 GG für das Strafrecht bereits die Lösung des Konflikts zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit und nicht erst dessen Formulierung enthält.<sup>504</sup> Art. 103 Abs. 2 GG steht insofern als Vorgabe

---

<sup>501</sup> Jansen, Der Staat 36 (1997) 27, 50 f.

<sup>502</sup> Stern III/2, S. 679

<sup>503</sup> Alexy, Beschluß, S. 25

<sup>504</sup> vgl. Dreier, JZ 1997, 421, 432, der aber in Art. 103 nicht nur eine grundsätzliche, sondern eine absolute Konfliktlösung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit ausmacht

des Verfassungsgebers, der von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat, das Gebot der materiellen Gerechtigkeit durch Art. 103 Abs. 2 GG dergestalt auszuformen, daß dieses für den Bereich des Strafrechts zugunsten der Rechtssicherheit zurückzutreten hat. Jedoch gerät Art. 103 Abs. 2 GG vorliegend mit dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit dergestalt schwerwiegend in Konflikt, daß das Rückwirkungsverbot § 27 DDR-GrenzG, so wie er in der Staatspraxis der DDR angewendet wurde schützt, obwohl dieser als extremes Unrecht i.S.d. Radbruchschen Formel anzusehen ist. Eine uneingeschränkte Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG ohne Rücksicht auf das Gebot der materiellen Gerechtigkeit hätte zur Folge, daß das grausame Unrecht und die Leiden der Opfer ungeahndet bleibt, indem die Todesschüsse für nicht strafbar erklärt werden.<sup>505</sup> Indem ein Unrechtsstaat extremes Unrecht für rechtens erklärt, hätten die Protagonisten dieses Systems für alle Zeiten nichts zu befürchten.<sup>506</sup> Wird dagegen dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit den Vorzug gegeben und die Radbruchsche Formel auch im Bereich des Strafrechts wirksam, hat dies einen Risikoeffekt für Täter in einem Unrechtssystem zur Folge.<sup>507</sup>

Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der Schutzzweck des in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Rückwirkungsverbots im Falle extremen Unrechts nur bedingt tangiert wird. Personen, die in einem Unrechtsregime vor der Wahl stehen sich an extremem Unrecht zu beteiligen, können durchaus damit rechnen, daß sie nach dem Zusammenbruch dieses Regimes möglicherweise zur Rechenschaft gezogen werden; ein etwaiges Vertrauen auf den Fortbestand des Unrechtsregimes bzw. darauf, daß sie sich auch nach Zusammenbruch des Regimes auf einen Rechtfertigungsgrund berufen können, der auch extremes Unrecht deckt, verdient keinen Schutz. Extremes Unrecht ist in aller Regel auch evidentes Unrecht und für den Täter deshalb als solches zu erkennen.<sup>508</sup> Wo die Einsicht des Täters dennoch fehlt, ist dies bei der Schuld zu berücksichtigen.

---

<sup>505</sup> vgl. Rüthers, S. 143 f.

<sup>506</sup> vgl. Lüderssen JZ 1997, 525, 527; Maiwald NJW 1993, 1881, 1884

<sup>507</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 35

<sup>508</sup> Alexy, Mauerschützen, S. 34

Der materielle Rechtsstaat, der dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit verpflichtet ist, kann letztlich im Falle extremen Unrechts nicht hinter der in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Rechtssicherheit zurücktreten. Im Falle extremen Unrechts i.S.d. Radbruchschen Formel hat daher das Gebot der materiellen Gerechtigkeit ausnahmsweise einschränkende Wirkung gegenüber Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>509</sup> Die Strafbarkeit einer vorsätzlichen Tötung bleibt nach Gewichtung der vorgetragenen Gesichtspunkte im Rahmen des verhältnismäßigen. Das extreme Unrecht der tödlichen Schüsse auf die Flüchtlinge fordert den Rechtsstaat und dessen grundlegende Maxime der materiellen Gerechtigkeit verstärkt heraus und läßt selbst das völlige Zurücktreten des Art. 103 Abs. 2 GG nicht als übermäßig erscheinen.

## **5. Andere Lösungsansätze zur Einschränkung der Art. 103 Abs. 2 GG**

### **a) Verwirkung von Art. 103 Abs. 2 GG**

Ein anderer Lösungsansatz die Mauerschützen ohne Grundgesetzänderung zu bestrafen wird darin gesehen, den Mauerschützen die Berufung auf Art. 103 Abs. 2 GG wegen Verwirkung dieses Grundrechts zu verwehren.<sup>510</sup> Ihnen sei der Einwand des venire contra factum proprium entgegenzuhalten. Dieser Auffassung steht jedoch entgegen, daß das GG in Art. 18 eine Verwirkung von Grundrechten nur für die dort aufgeführten Grundrechte im Falle eines entsprechenden Ausspruchs des Bundesverfassungsgerichts vorsieht. Da die in Art. 18 GG aufgeführten Grundrechte Art. 103 Abs. 2 GG nicht enthalten, ist eine Verwirkung des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich nicht zulässig. Außerdem paßt der Verwirkungsgedanke schon im Ansatz nicht, da den Machthabern der DDR und erst recht den Mauerschützen nicht vorgeworfen werden kann, sie hätten

---

<sup>509</sup> im Ergebnis ebenso Alexy, Beschluß, S. 25, Saliger, S. 38 ff.

<sup>510</sup> Welke, KJ 1995, 369, 377

durch rückwirkende Strafbegründung willkürlich gehandelt und dadurch den Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG verwirkt.<sup>511</sup>

## **b) Staatsrechtliche oder völkerrechtliche Pönalisierungspflicht**

Sowohl unter Hinweis auf Pflichten des Staates zum Schutz völkerrechtlicher Normen wie z.B. Art 6 IPBPR (Recht auf Leben)<sup>512</sup> als auch auf verfassungsrechtliche Normen wie Art. 2 Abs. 2 GG (Recht auf Leben)<sup>513</sup> wurde der Versuch unternommen eine Pflicht des Staates zur Bestrafung der Mauerschützen herzuleiten. Nach Auffassung dieser Autoren steht diese Bestrafungspflicht dem gleichrangigen Rückwirkungsverbot gegenüber. Zwischen beiden Rechten sei ein angemessener Ausgleich zu finden, der im Einzelfall dazu führen kann, daß Art. 103 Abs. 2 GG zurückzutreten hat.<sup>514</sup>

Diesen Lösungsversuchen kann schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Zwar kann sich in Ausnahmefällen zumindest aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG eine Schutzpflicht des Staates zugunsten einzelner Bürger ergeben, der letztlich eine Pflicht des Staates folgen kann, bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen.<sup>515</sup> Eine derartige staatliche Pflicht kann aber allenfalls zum *zukünftigen* Schutz von Leben angenommen werden. Eine Pflicht zur Bestrafung zurückliegender Taten kann aus der Schutzpflichtlehre des Bundesverfassungsgerichts bzw. aus einem Rückgriff auf Grundrechte der Opfer nicht abgeleitet werden, da beispielsweise das Leben der von Grenzsoldaten erschossenen Opfer nicht rückwirkend geschützt werden kann.<sup>516</sup> Ebenfalls zu weitgehend wäre es, im Hinblick auf eine sicherlich denkbare generalpräventive Wirkung der Bestrafung vergangener Taten eine Bestrafungspflicht zum Schutz zukünftigen

---

<sup>511</sup> Rosenau, S. 222 f.

<sup>512</sup> Buchner, S. 265 ff.

<sup>513</sup> Rosenau, S. 226 ff.

<sup>514</sup> Buchner, S. 272 f.; Rosenau, S. 256 ff.

<sup>515</sup> vgl. BVerfGE 39, 1 42 ff.

<sup>516</sup> Loré, S. 145

Lebens zu konstruieren, die sich dann auch noch Art. 103 Abs. 2 GG zurücktreten lassen soll.

Noch weniger läßt sich der Sühneanspruch der einzelnen Opfer oder deren Angehörigen als Bezugspunkt einer staatlichen Schutzpflicht heranzuziehen. Ein etwaiger Sühneanspruch ließe sich - unabhängig davon, ob man dem Strafrecht überhaupt neben dem Ziel der General- und Spezialprävention auch eine schuldausgleichende Wirkung und eine Sühne- und Genugtuungsfunktion beimißt - schwerlich mit einer in die Zukunft gerichteten Pflicht zum Schutz menschlichen Lebens in Zusammenhang bringen.

## **F. DAS RÜCKWIRKUNGSVERBOT DES ART. 7 EMRK**

Ein mit Art. 103 Abs. 2 GG vergleichbares Rückwirkungsverbot findet sich in Art. 7 EMRK.<sup>517</sup> Auch Art. 7 EMRK dient der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts und beschränkt im Interesse der Gewährleistung von Rechtssicherheit die Strafgewalt auf den Vollzug der allgemeinen Gesetze.<sup>518</sup> Sowohl der BGH als auch das Bundesverfassungsgericht haben in den Mauerschützenfällen Art. 7 EMRK nicht geprüft. Offenbar wird davon ausgegangen, daß Art. 7 EMRK nicht über den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG hinausgeht<sup>519</sup> und sich deshalb die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 7 EMRK bereits durch die Prüfung von Art. 103 Abs. 2 GG erübrigt hat. Diese Annahme deckt sich zumindest nicht mit der noch darzulegenden Rechtsauffassung der Europäischen Kommission für Menschenrechte. Da sich jedoch die mit einer Bestrafung der Mauerschützen anstehenden Fragen im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK

---

<sup>517</sup> BGBl. 1952 II, 689; Art. 7 EMRK hat folgenden Wortlaut:

(1) Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Durch diesen Artikel darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war.

<sup>518</sup> Frowein in Frowein/Peukert, Art. 7 EMRK Rdn. 1

<sup>519</sup> vgl. BVerfGE 92, 277, 323

zumindest weitgehend mit obigen Ausführungen zu Art. 103 Abs. 2 GG decken, wird im folgenden nur auf abweichende Aspekte eingegangen.

## **I. Anwendungsbereich von Art. 7 EMRK**

Nach Auffassung der Europäischen Kommission für Menschenrechte bindet Art. 7 EMRK nicht nur die Legislative, sondern bezieht sich auch auf die Rechtsprechung und verbietet ganz allgemein Änderungen der Rechtsprechung zu Lasten eines Angeklagten, soweit dadurch eine bislang nicht strafbare Handlung durch Gerichte einen strafrechtlichen Charakter erhält oder die Definition der existierenden Straftaten in einer solchen Weise erweitert wird, daß sie Tatsachen erfaßt, die bislang keine Straftat darstellten.<sup>520</sup> Diese Auffassung läßt sich damit begründen, daß Art. 7 EMRK - anders als Art. 103 Abs. 2 GG - nicht „lediglich“ eine *gesetzliche* Bestimmtheit der Strafbarkeit, sondern schlicht eine zum Tatzeitpunkt bestehende Strafbarkeit verlangt. Der Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte zufolge ist daher im Gegensatz zu Art. 103 Abs. 2 GG<sup>521</sup> bei der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 7 EMRK unschwer festzustellen, daß die Berücksichtigung der Radbruchschen Formel bei der Beurteilung der Mauerschützenfälle durch deutsche Gerichte nach der Wiedervereinigung und die damit verbundene rückwirkend geänderte Rechtspraxis unmittelbar in den Anwendungsbereich des Art. 7 EMRK fällt.<sup>522</sup>

---

<sup>520</sup> Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 189 Fn 171 mit Hinweis auf Zulässigkeitsentscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte (E) 10505/83 (04.03.1985), European Commission of Human Rights; Decision and Reports (DR) 41, 178, 181; E 8710/79 (07.05.1982), DR 28, 77, 81; E 8490/79 (12.03.1981), DR 22, 140, 142 f.; E 13858/88 (06.03.1989) - C.S. gegen Bundesrepublik Deutschland; E 13389/89 (06.03.1989) Schiefer gegen Bundesrepublik Deutschland; a.A. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Art. 7 MRK Rdn. 1 – dort wird lediglich auf BVerfG NStZ 90, 537 und BayObIG NJW 1990, 2833 verwiesen. Auch in diesen Entscheidung wird Art. 7 MRK nicht einmal erwähnt, obwohl über die Zulässigkeit einer rückwirkenden Rechtsprechungsänderung zu entscheiden war.

<sup>521</sup> vgl. oben D.VI.3.c)

<sup>522</sup> vgl. auch Hummer/Mayr-Singer, NJ 2000, 561, 565; Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177, 189

Aber auch wenn man den Standpunkt vertritt, daß sich nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland die Strafbarkeit aus dem Gesetz ergibt und deshalb eine Strafbarkeit im Sinne des Art. 7 EMRK unabhängig von der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Rechtsprechung besteht, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes: In Entsprechung zu den Überlegungen mit denen eine analoge Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG auf die Mauerschützenfälle begründet wurde,<sup>523</sup> wäre Art. 7 EMRK ebenfalls zumindest analog anzuwenden.

## II. Die Ausnahme in Art. 7 Abs. 2 EMRK

Möglicherweise steht aber Art. 7 EMRK aufgrund der Ausnahmeregelung in Abs. 2 einer Bestrafung der Mauerschützen nicht entgegen.

Die Ausnahmeregelung des Art. 7 Abs. 2 EMRK ist schwer verständlich und nur aus der Entstehungsgeschichte zu erklären. Um auch nachträglich noch die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse zu rechtfertigen, bei denen das Verbot rückwirkender Strafgesetze nicht beachtet worden war, wurde die Ausnahmeregelung des Abs. 2 in Art. 7 EMRK aufgenommen.<sup>524</sup> Außerdem wurde statt der ursprünglich vorgesehenen Formulierung in der maßgebenden englischen Fassung „penal offence“ (=strafbare Handlung) in beiden Absätzen des Art. 7 EMRK die Formulierung „criminal offence“ (=strafbare oder strafwürdige Handlung) gewählt.<sup>525</sup> Bei präziser Übersetzung von Art. 7 EMRK erlaubt die Ausnahmeregel des Abs. 2 also auch die rückwirkende Bestrafung von Handlungen, die „im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den allgemeinen von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen *strafbar oder strafwürdig*“ waren. Art. 7 EMRK enthält

---

<sup>523</sup> s.o. E.VII.2.e)

<sup>524</sup> Partsch, S. 171 f. mit Nachweisen in den Sitzungsprotokollen der Menschenrechtskommission

<sup>525</sup> „Criminal offence“ ist nicht nur eine strafbare Handlung, sondern auch eine sündhafte, sträfliche oder verdammenswerte Tat. „Penal offence“ ist hingegen ausschließlich ein mit Strafe bedrohter Rechtsverstoß; vgl. Piccard-Thilo-Steiner, Rechtswörterbuch Band 1, Französisch-Deutsch, Zürich 1950 und Partsch, Fn. 572 mit weiteren Nachweisen.

daher nicht den Rechtssatz „nulla poena sine lege“ in seiner schärfsten Form.<sup>526</sup>

Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 7 festgestellt, daß die Ausnahmeregel des Abs. 2 für am Ende des zweiten Weltkrieges erlassene Gesetze gelte, soweit diese Kriegsverbrechen, Verrat oder Kollaboration mit dem Feinde ahnden.<sup>527</sup> Mit dieser von der Kommission vorgenommenen Auslegung wird jedoch eine historische Auslegung der Norm vorgenommen, ohne den insofern klaren Gesetzeswortlaut zu beachten. Nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 EMRK wäre in diesen Fällen eigentlich zu prüfen gewesen, welcher sachliche Vorwurf den Beschwerdeführern gemacht wurde und ob nach einem der allgemeinen von den zivilisierten Nationen anerkannten Rechtsgrundsätzen die betreffende Taten als strafwürdig anzusehen waren.<sup>528</sup>

Im Hinblick auf die Mauerschützenurteile wäre es der bisherigen Rechtsprechung der Kommission zufolge naheliegend, die Ausnahmeregel des Art. 7 Abs. 2 EMRK allein schon deshalb anzuwenden, weil es in den Mauerschützenurteilen um die Ahndung von Verbrechen geht, die im Zusammenhang mit einem Unrechtsregime begangen wurden. Aber auch ohne eine solche, kaum haltbare, einseitige, an der Entstehungsgeschichte ausgerichteten Auslegung, steht Art. 7 EMRK einer Bestrafung der Mauerschützen nicht entgegen:

Die Ausnahmeregel des Art. 7 Abs. 2 EMRK gestattet jedenfalls die rückwirkende Bestrafung extremen Unrechts im Sinne der Radbruchschen Formel. Mit der Qualifizierung der Mauerschüsse als extremes Unrecht ist implizit festgestellt, daß die Todesschüsse nach von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen zumindest eine *strafwürdige* Hand-

---

<sup>526</sup> Partsch, S. 173

<sup>527</sup> Frowein in Frowein/Peukert, Art. 7 Rdn. 8 Fn. 35 und Partsch, Fn 600 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte

<sup>528</sup> Frowein in Frowein/Peukert, Art. 7 Rdn. 8; Partsch, S. 178

lung darstellen. Damit steht das Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK einer Bestrafung der Mauerschützen nicht entgegen.<sup>529</sup>

## F. ZUR SCHULD

Im Zuge der Darstellung der Mauerschützenurteile des BGH<sup>530</sup> wurde darauf hingewiesen, daß die Frage der Schuld im Rahmen dieser Darstellung nur kurz angerissen werden soll. Insofern sei lediglich angemerkt, daß ein Schluß von dem extremen Charakter des Unrechts auf dessen Evidenz für jedermann nicht ohne weiteres zulässig ist.<sup>531</sup> Der vom BGH<sup>532</sup> und Bundesverfassungsgericht<sup>533</sup> bejahten Offensichtlichkeit i.S.d. § 5 Abs. 1 WStG stehen daher aus der Perspektive der Mauerschützen unter dem Gesichtspunkt einer moralischen Verblendung<sup>534</sup> erhebliche Bedenken entgegen. Die Grenzsoldaten sind in einer Gesellschaft aufgewachsen, in der die Bedingungen für eine freie moralische Urteilsbildung fehlten. Nach einer schon im Kindergarten einsetzenden „sozialistischen Erziehung“ waren die Grenzsoldaten bei ihrer Ausbildung zum Grenzdienst einer kaum noch steigerungsfähigen Indoktrination ausgesetzt.<sup>535</sup> Ferner wurden die Schüsse an der Mauer weder in der Truppenführung, Politik, Justiz oder Wissenschaft öffentlich kritisiert. Abgesehen von den sogenannten Exzeßfällen bestehen daher Zweifel, ob den Grenzsoldaten das begangene Unrecht offensichtlich war. Entsprechendes gilt für die sich anschließende Frage nach der Vermeidbarkeit eines die Schuld ausschließenden Verbotssirrtums gem. § 17 StGB; die Vermeidbarkeit orientiert sich im wesentlichen an denselben Indizien, welche die Offensichtlichkeit des extremen Unrechts bestimmen.<sup>536</sup>

---

<sup>529</sup> der EGMR hat mit Urteil vom 22.03.2001 (NJW 2001, 3035 ff.) einen Verstoß gegen Art 7 Abs. 1 EMRK verneint

<sup>530</sup> s.o. C.II.1.f)

<sup>531</sup> siehe hierzu bereits oben D.IV.2.f)

<sup>532</sup> BGHSt. 39, 1, 33 f.; s.o. C.II.1.f)

<sup>533</sup> BVerfG JZ 1997, 142, 147

<sup>534</sup> vgl. Alexy, Mauerschützen, S. 37

<sup>535</sup> vgl. die Darstellung im Sachverhalt von LG Berlin NStZ 1992, 492

<sup>536</sup> vgl. BGH NJW 1993, 1932; 1937

Dagegen dürfte einer Verurteilung der Hintermänner der Mauerschützen (Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates<sup>537</sup> und Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED<sup>538</sup>) nicht § 17 StGB entgegenstehen, da diese ihrer politischen Stellung zufolge zumindest die Möglichkeit hatten, das von ihnen angeordnete extreme Unrecht zu erkennen.

Letztlich läßt sich allerdings eine allgemein gültige Aussage zur Schuld nicht treffen, da Grundlage der Entscheidung der Informationsstand des jeweiligen Angeklagten und damit letztlich eine sorgfältige Überprüfung jedes Einzelfalles zu sein hat.<sup>539</sup>

Ausgehend von der eben angedeuteten Beurteilung der Schuld würde sich dem im übrigen hier vertretenen Lösungsweg zufolge eine Strafbarkeit der Hintermänner ergeben, während die Grenzsoldaten mit Ausnahme der Exzeßtäter freizusprechen wären.

---

<sup>537</sup> BGHSt 40, 218 ff.; s.o. C.II.5

<sup>538</sup> BGH NJ 2000, 148 ff.

<sup>539</sup> vgl. Schreiber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 65; Küpper/Willms, ZRP 1992, 91, 95

## Abkürzungsverzeichnis:

AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, deutsche Übersetzung abgedruckt in Sartorius II Nr. 19
AfCRMV	Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker v. 27.06.1981, abgedruckt in ILM 1982, 59
AJIL	American Journal of International Law
AMRK	Amerikanische Konvention der Menschenrechte vom 22.11.1969; abgedruckt in ILM 1970, 673
DR	European Commission of Human Rights, Decisions and Reports
DDR-GrenzG	Grenzgesetz der DDR vom 25.03.1982; DDR-GBl. 1982 I, 197 ff.
E	Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950; BGBl. 1968 II, S. 423
ILM	International Legal Material
KSZE	Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966; BGBl 1973 II, 1534
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
Suppl.	Supplement of Documents
VoPoG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Deutschen Volkspolizei vom 11.06.1968; DDR-GBl. 1968 I, 237

Im übrigen folgen die Abkürzungen:

Kirchner, Hildebert; Abkürzungen für Juristen; 2. Auflage Berlin, u.a. 1993

## Literaturverzeichnis:

- Alexy, Robert
- Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996; Hamburg 1997;  
zit.: Alexy, Beschluß
- Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft; in: Alexy, u.a.(Hrsg.); ARSP-Beiheft 51; Stuttgart 1993;  
zit.: Alexy, Konzeption
- Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht und Moral und Strafbarkeit; Hamburg 1993;  
zit.: Alexy, Mauerschützen
- Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985;  
zit.: Alexy, Grundrechte
- Alwart, Heiner
- Die Vernünftigkeit des Bundesverfassungsgerichts;  
JZ 2000, 227 ff.
- Ambos, Kai
- Anmerkung zum BGH-Urteil vom 17.12.1996 - 5 StR 137/96 (Urteilsgründe abgedruckt in BGHSt 42, 356 ff. = NStZ 1997, 491 f.);  
NStZ 1997, 492 f.
- Amelung, Knut
- Die strafrechtliche Bewältigung der DDR-Unrechts durch die deutsch Justiz - Ein Zwischenbericht;  
GA 1996, 51 ff.
- Todesschüsse an der Mauer im Februar 1972;  
NStZ 1995, 29 ff.

Strafbarkeit von Mauerschützen; JuS 1993, 637 ff.

Amnesty International

(Hrsg.)

Der regionale Menschenrechtsschutz in Afrika,  
Amerika, Europa; London 1988

Apelt, Willibalt

Zum Kampf gegen den Rechtspositivismus;  
DRZ 1946, 174 f.

Arndt, Hans-Wolfgang

Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung. Dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, des Bundesfinanzhofes, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts; Frankfurt am Main 1974

Arnold, Jörg/

Kühl, Martin

Forum: Probleme der Strafbarkeit von „Mauerschützen“; JuS 1992, 991 ff.

Austin, John

Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law; 4. Auflage London 1873

Autorenkollektiv unter

Leitung von Wünsche

Grundlage der Rechtspflege;  
2. Auflage Berlin 1986

Berber, Friedrich

Lehrbuch des Völkerrechts I;  
2. Auflage München 1975

Böckenförde,

Ernst-Wolfgang

Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat;  
München 1967

- Brunner, Georg Einführung in das Recht der DDR;  
2. Auflage München 1979
- Bydlinski, Franz Hauptpositionen zum Richterrecht; JZ 1985, 149 ff.
- Cathrein, Viktor Moralphilosophie, Band 1: Allgemeine Moralphilosophie; 5. Auflage Freiburg 1911
- Classen, Claus Dieter Artikel 103 Abs. 2 GG - Ein Grundrecht unter Vorbehalt?; GA 1998, 215 ff.
- Coing, Helmut Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze; SJZ 1947, Spalte 61 ff.
- Creifelds Rechtswörterbuch; 16. Auflage München 2000
- Dahm/Delbrück/  
Wolftrum Völkerrecht, Band I/1;  
2. Auflage Berlin New York 1989
- Dannecker, Gerhard Das intertemporale Strafrecht; Tübingen 1993
- Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung;  
Jura 1994, 585 ff
- Dinstein, Yoram The Right of Life, Physical Integrity and Liberty;  
in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights,  
S. 114 ff.; New York 1981

- Dreier, Horst                      Gustav Radbruch und die Mauerschützen;  
JZ 1997, 421 ff.
- Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Be-  
kenntnis?; in: Mayer (Hrsg.), Festschrift für Robert  
Walter zum 60. Geburtstag, S. 117 ff.; Wien 1991;  
zit.: H. Dreier, Festschrift Walter
- Dreier, Ralf                        Gesetzliches Unrecht im SED-Staat?; Am Beispiel  
des DDR-Grenzgesetzes; in: Haft, u.a. (Hrsg.),  
Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburts-  
tag, S. 57 ff.; Heidelberg 1993  
zit.: R. Dreier, Festschrift Kaufmann
- Der Begriff des Rechts; in: Recht-Staat-Vernunft,  
S. 95 ff.; Frankfurt am Main 1991 (= NJW 1986, S.  
890 ff)  
zit.: R. Dreier, Der Begriff des Rechts
- Dworkin, Ronald                Taking Rights Seriously; Cambridge u.a.1977;  
dt. Übersetzung: Ursula Wolf, Bürgerrechte ernst-  
genommen; Frankfurt am Main 1984
- Ebert, Udo                         Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts zwi-  
schen Politik, Strafrecht und Verfassungsrecht  
in: Ebert, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter  
Hanack zum 70. Geburtstag, S. 501 ff.;  
Berlin, u.a. 1999
- Engisch, Karl                     Einführung in das juristische Denken;  
7. Auflage Stuttgart, u.a. 1977

- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch; 1. Halbband; 15. Auflage Tübingen 1959
- Ermacora, Felix Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Band 2; Theorie und Praxis: Die Verwirklichung der Menschenrechte in Afrika und im Nahen Osten; Wien 1983
- Evers, Hans-Ulrich Der Richter und das unsittliche Gesetz; Berlin 1956
- Fikentscher, Wolfgang Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Band 4; Tübingen 1977
- Fiedler, Wilfried Stillstand oder Fortentwicklung des Rechtsstaatsprinzips nach der Wiedervereinigung Deutschlands? in: Martinek, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, S. 71 ff.; Tübingen 1993
- Frisch, Wolfgang Unrecht und Strafbarkeit der Mauerschützen; in: Samson, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, S. 133 ff.; Baden-Baden 1999
- Frommel, Monika Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel; in: Haft, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 81 ff.; Heidelberg 1993
- Frowein, Jochen Im Zweifel für den vielleicht tödlichen Schuß; in: Denninger, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter

Schneider zum 70. Geburtstag, S. 112 ff.;  
Frankfurt am Main 1990

Frowein/Peukert Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-  
Kommentar; 2. Auflage Kehl, u.a. 1996

Gropp, Walter Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? - Zur Straf-  
barkeit der Berliner „Mauerschützen“;  
NJ 1996, 393 ff.

Grünwald, Gerald Die strafrechtliche Bewertung der in der DDR be-  
gangenen Handlungen; StV 1991, 31 ff.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetz-  
lichkeitsprinzip; in: Haft, u.a. (Hrsg.), Strafgerech-  
tigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.  
Geburtstag, S. 433 ff.; Heidelberg 1993

Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla po-  
ena sine lege“; ZStW 76 (1964), 1 ff.

Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht;  
Bonn 1971

Günther, Hans-Ludwig in: Rudolphi, u.a. (Hrsg.), Systematischer Kom-  
mentar (SK) zum StGB, Band 1; Neuwied, u.a.  
1.-34. Lieferung (Stand Oktober 2000)

Warum Art. 103 Abs. 2 GG für Erlaubnissätze nicht  
gelten kann; in: Samson, u.a. (Hrsg.), Festschrift  
für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag;  
Baden-Baden 1999

- Günther, Klaus Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.11.1992 – 5 StR 370/92; StV 1993, 18 ff.;
- Haffke, Bernhard Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht – Zugleich ein Beitrag zum Problem des Strafbarkeitsbewußtseins; Göttingen 1970
- Hart, Herbert Lionel Adolphus Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral in: Recht und Moral, Drei Aufsätze, S. 14 ff.; aus dem englischen übersetzt von Norbert Hoerster; Göttingen 1971; (Original: Positivism and the Separation of Law and Morals; erstmals veröffentlicht in: Harvard Law Review 71 (1958), 593 ff.)  
zit.: Hart, Recht und Moral
- The Concept of Law; 2. Auflage Oxford 1994;  
dt. Übersetzung: Alexander von Baeyer, Der Begriff des Rechts; Frankfurt am Main 1973  
zit.: Hart, Concept of Law
- Hassemer, Winfried Einführung in die Grundlagen des Strafrechts; 2. Auflage München 1990
- Herrmann, Joachim Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung von § 27 des Grenzgesetzes der DDR; NStZ 1993, 118 ff.
- Herzog, Felix Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Todeschützen an der innerdeutschen Grenze; NJ 1993, 13 ff.

- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; 20. Auflage Heidelberg 1995
- Hillenkamp, Thomas Offene oder verdeckte Amnestie - Über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung; JZ 1996, 179 ff.
- Hoerster, Norbert Zur Verteidigung des Rechtspositivismus; NJW 1986, 2480 ff.
- Hruschka, Joachim Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht; JZ 1992, 665 ff.
- Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft; JZ 1992, 429 ff.
- Hummer, Waldemar/  
Mayr-Singer, Jelka Der „deutsche Sonderweg“ bei der Ausarbeitung von SED-Unrecht: Vergangenheitsbewältigung durch Strafjustiz; NJ 2000, 561 ff.
- Ipsen, Knut Völkerrecht; 4. Auflage München 1999
- Isensee, Josef Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe; in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, S. 91 ff.; Berlin 1992;
- Jakobs, Günther Strafrecht AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre; 2. Auflage Berlin 1991; zitiert: Jakobs AT

Untaten des Staates – Unrecht im Staat;  
GA 1994, 1 ff.

Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht  
in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung  
durch Recht, S. 37 ff.; Berlin 1992  
zitiert: Jakobs, Vergangenheitsbewältigung

Jansen, Nils

Die Abwägung von Grundrechten;  
Der Staat 36 (1997), 27 ff.

Jeschek, Hans-  
Heinrich

Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil;  
4. Auflage Berlin 1988

Joerden, Jan

Wird politische Machtausübung durch das heutige  
Strafrecht strukturell bevorzugt? GA 1997, 201 ff.

Jung, Heike

Rückwirkungsverbot und Maßregel; in: Broda, u.a.  
(Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum  
60. Geburtstag, S. 875 ff.; Darmstadt 1985

Kaufmann, Arthur

Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Un-  
recht und vom übergesetzlichen Recht in der Dis-  
kussion um das im Namen der DDR begangene  
Unrecht; NJW 1995, 81 ff.

Kelsen, Hans

Reine Rechtslehre; Leipzig, u.a. 1934

Kenntner, Markus

Keine Anwendung des strafrechtlichen Rückwir-  
kungsverbots für Staatsverbrechen;  
RuP 1997, 170 ff.

- Kerkau, Hans-Joachim Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen; Kiel 1965
- Kimminich, Otto Völkerrecht; 4. Auflage München, u.a. 1990
- Klein, Eckart Die Bedeutung der Nürnberger Prozesse für die Bewältigung des SED-Unrechts; ZRP 1992, 208 ff.
- Kleinknecht/Meyer-Goßner Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, erläutert von Theodor Kleinknecht und Karlheinz Goßner, fortgeführt von Lutz Meyer-Goßner; 44. Auflage München 1999
- Kohlmann, Günther Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften; Köln 1969
- Krajewski, Markus Mauerschützen und Menschenrechte; JZ 1997, 1054 f.
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation; 2. Auflage Berlin 1976
- Kühl, Kristian Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts  
in: Acham, u.a. (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, S. 605 ff; Stuttgart 1998

- Küpper Georg/  
Wilms, Heiner Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes;  
ZRP 1992, 91 ff.
- Kuhlen, Lothar/  
Gramminger, Thomas Der Mauerschütze und der Denunziant - Ein Bericht  
über eine strafrechtliche Hausarbeit;  
JuS 1993, 32 ff.
- Laage, Clea Die Auseinandersetzung um den Begriff des ge-  
setzlichen Unrechts nach 1945; in: Blanke, u.a.  
(Hrsg.), Die juristische Ausarbeitung des Unrechts-  
Staats, S. 265 ff.; Baden-Baden 1998
- Lackner, Karl/  
Kühl, Kristian Strafgesetzbuch mit Erläuterungen;  
23. Auflage München 1999
- Lampe, Ernst-Joachim Systemunrecht und Unrechtssysteme;  
ZStW 106 (1994), 683 ff.
- Lange, Richard Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes  
für die Britische Zone zu Verbrechen gegen die  
Menschlichkeit; SJZ 1948, Spalte 655 ff.
- Langner, Albrecht Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in  
der Rechtsprechung der Bundesrepublik;  
Bonn 1959
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft;  
6. Auflage Berlin u.a. 1991

- Laskowski, Silke Unrecht - Strafrecht - Gerechtigkeit. Die Probleme des Rechtsstaats mit dem DDR-Unrecht; JA 1994, 151 ff.
- Lechler, Helmut Unrecht in Gesetzesform?: Gedanken zur Radbruchschen Formel; Berlin/New York 1994
- Lemmel, Hans-Peter Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege; Hamburg 1970
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1, Einleitung, §§ 1-31; Jeschek, u.a. (Hrsg.); 10. Auflage Berlin, u.a. 1985  
zit.: LK-Bearbeiter
- Liebig, Justus B. Anwendbarkeit bundesdeutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auf Altaten in der DDR; NStZ 1991, 372 ff.
- Limbach, Jutta Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz; DtZ 1993, 66 ff.
- Lorenz, Frank Lucien Zum „Beitrittsprinzip“ und zur Strafbarkeit von DDR Wahlfälschungen; NStZ 1992, 422 ff.  
  
„Rechtsgeltung“, DDR-„Geschichte“ und Angemessenheit von Strafe; JZ 1994, 388 ff.
- Lüderssen, Klaus Kontinuität und Grenzen des Gesetzlichkeitsprinzips bei grundsätzlichen Wandel der politischen Verhältnisse, Guter Positivismus im Strafrecht? Zur

Auseinandersetzung über die Verfolgung in der  
ehemaligen DDR begangener Delikte;  
ZStW 104 (1992), 735 ff.

Entkriminalisierung durch Politisierung?  
JZ 1997, 525 ff.

MacIntyre, Alasdair After Virtue; 2. Auflage London 1985

Maiwald, Manfred Rechtsbeugung im SED-Staat; NJW 1993, 1881 ff.

Makarov, A. N. Anmerkung zu BVerfG JZ 68, 422 ff.;  
JZ 1968, 559 ff.

Mampel, Siegfried Die sozialistische Verfassung der Deutschen De-  
mokratischen Republik;  
Frankfurt a. M. 2. Auflage 1982

Marxen, Klaus/  
Werle, Gerhard Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht;  
Berlin 1999

Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz;  
München 1.-37. Lieferung (Stand August 2000);  
zit.: Bearbeiter in Maunz-Dürig

Meron, Theodor Human Rights Law Making in the United Nations, A  
Critique of Instruments and Process; Oxford 1986

Müller-Dietz, Heinz Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbe-  
standsauslegung im Strafrecht; in: Schroeder, u.a.

(Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, S. 41 ff.; Karlsruhe 1972

- Neumann, Ulfrid Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte; ZStW 103 (1991), 331 ff.
- Oehler, Dietrich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 07.03.1984 - 3 StR 550/83; JZ 1984, 948 ff.
- Olzen, Dirk Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen; JZ 1985, 155 ff.
- Ott, Walter Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra ZfSchR N.F. 107 (1988), S. 335 ff.
- Partsch, Karl Josef Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention; Berlin 1966
- Pawlik, Michael Strafrecht und Strafunrecht; GA 1994, 472 ff.
- Pföhler, Jürgen Zur Unanwendbarkeit des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots im Strafprozeßrecht im dogmenhistorischer Sicht; Berlin 1988
- Polakiewicz; Jörg Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte der strafrechtlichen Ahndung des Schußwaffeneinsatzes an der innerdeutschen Grenze; EuGRZ 1992, 177 ff.
- Popper, Karl Raimund Logik der Forschung; 9. Auflage

- Picker, Eduard Richterrecht und Richterrechtsetzung;  
JZ 1884, 153 ff.
- Pieroth, Bodo Der Rechtsstaat und die Ausarbeitung der vor-  
rechtsstaatlichen Vergangenheit;  
VVDStRL 51, (1992), 98 ff
- Radbruch, Gustav Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht;  
SJZ 1946, S.105 ff.
- Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945) in: Wolf  
(Hrsg.), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie;  
7. Auflage Stuttgart 1970
- Erwiderung (1947) in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav  
Radbruch Gesamtausgabe; Band 3: Rechtsphiloso-  
phie III, S. 104 ff.; Heidelberg 1990
- Rechtsphilosophie; Wolf (Hrsg.)  
7. Auflage Stuttgart 1970
- Reichel, Hans Gesetz und Richterspruch; Zürich 1915
- Renzikowski, Joachim Zur Strafbarkeit des Schußwaffengebrauchs an der  
innerdeutschen Grenze; NJ 1992, 152 ff.
- Rittstieg, Helmut Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsolda-  
ten der DDR - Ein Beitrag zu völkerrechtlichen und  
verfassungsrechtlichen Problemen;  
DuR 1991, 404 ff.

- Roggemann, Herwig      Zur Strafbarkeit der Mauerschützen;  
DtZ 1993, 10 ff.
- Rosenau, Henning      Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag;  
2. Auflage Baden-Baden 1998
- Rotsch, Thomas      Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der  
Begehung von Straftaten im Rahmen organisatori-  
scher Machtapparate und ihre Übertragung auf  
wirtschaftliche Organisationen; NStZ 1998, 491 ff.
- Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft;  
ZStW 2000, 518 ff.
- Roxin, Claus      Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Auf-  
bau der Verbrechenslehre;  
3. Auflage München 1997
- Rüthers, Bernd      Das Ungerechte an der Gerechtigkeit: Defizite ei-  
nes Begriffs; Osnabrück 1991
- Saliger, Frank      Radbruchsche Formel und Rechtsstaat;  
Heidelberg 1995
- Schaegen, Christian      Zehn Jahre Aufarbeitung des Staatsunrechtes in  
der DDR; NJ 2000, 1 ff.
- Schlink, Bernhard      Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit;  
NJ 1994, 433 ff.
- Schlüchter, Ellen      Mittlerfunktion der Präjudizien; Berlin, u.a. 1986*

- Schönke-Schröder StGB-Kommentar, 25. Auflage 1997  
 zit.: Schönke-Schröder-Bearbeiter
- Scholten, Hans-Joseph Zur Bedeutung von § 7 StGB für die Verfolgung  
 von Straftaten des SED-Regimes;  
 ZRP 1992, 476 ff.
- Schroeder, Friedrich-  
 Christian Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-  
 Unrechts; NJW 2000, 3017 ff.
- Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auf-  
 trag; JZ 1992, 990 ff.
- Schreiber,  
 Hans-Ludwig Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwick-  
 lung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine  
 lege; Frankfurt am Main 1976  
 zit.: Schreiber, Gesetz und Richter
- Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Recht-  
 sprechung im Strafrecht? JZ 1973, 713 ff.
- Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Schuß-  
 waffengebrauch an der Grenze zwischen Bundes-  
 republik und DDR; in: Lampe (Hrsg.), Deutsche  
 Wiedervereinigung, Bd. II, S. 53 ff.;  
 Köln, u.a. 1993  
 zit.: Schreiber, Verantwortlichkeit
- Schünemann, Bernd Nulla poena sine lege? Berlin 1978

- Ungelöste Probleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten; in: Frisch, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, S. 223 ff.; München 1978
- Schulz, Lorenz in: Pawlowski, u.a. (Hrsg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates (ARSP-Beiheft Nr. 65); Stuttgart 1996
- Schumann, Björn Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel; Göttingen 1985
- Seidel, Knut Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse; Berlin 1999
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Stein, Thorsten Völkerrecht; 10. Auflage Köln, u.a. 2000
- Semmler, Hans-Joachim in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hrsg.), Staatsrecht der DDR - Lehrbuch/ Kapitel 11; 2. Auflage Berlin 1984
- Stern, Klaus Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland; Band I; 2. Auflage München 1984  
Band III/2; München 1994
- Straßburg, Wolfgang Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht; ZStW 82 (1970), 948 ff.
- Stree, Walter Deliktsfolgen und Grundgesetz; Tübingen 1960

- Tröndle, Herbert Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel?  
Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der  
Strafrechtswissenschaft; in: Jeschek, u.a. (Hrsg.),  
Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag,  
S. 177 ff.; Berlin, u.a. 1977
- Tröndle, Herbert/  
Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze;  
49. Auflage München 1999
- Verdross-Simma Universelles Völkerrecht; 4. Auflage 1990
- Wassermann, Rudolf Wieviel Unrecht macht einen Staat zum Unrechts-  
staat? NJW 1997, 2152 f.
- Welke, Wanja Andreas Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Krimi-  
nalität? KJ 1995, 369 ff.
- Wesel, Uwe Recht und Gerechtigkeit; JA 1992, 289 ff.
- Zielinski, Diethart Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im  
Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt  
in: Samson, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald  
Grünwald zum 70. Geburtstag, S. 811 ff.;  
Baden-Baden 1999