außerstrafrechtliche Durchdringung der Vergangenheit und auch für die Gestaltung der Zukunft Bedeutung haben können. (Beifall)

Vorsitzender Rainer Eppelmann: Wir danken dem Leitenden Oberstaatsanwalt. – Herr Schaefgen, ich bitte Sie, Ihre Rede, wenn irgend möglich, zu Protokoll zu geben, damit uns auch das, was Sie jetzt um der Kürze willen weggelassen haben, zur Verfügung steht.

Wir kommen nun zum nächsten Punkt, zu dem Streitgespräch unter der Leitung von Herrn Professor Dr. Schroeder. Ich bitte ihn und seine vier Gesprächspartner nach vorn, um dieses Gespräch nun zu führen.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Meine sehr geehrten Damen und Herren, wir stehen bei der Aufarbeitung der Regierungskriminalität in der DDR vor dem Problem, daß schon die Zulässigkeit einer juristischen Aufarbeitung von vielen nachdrücklich bestritten wird. In der Wissenschaft herrscht ein lebhafter Streit. Es gibt eine nicht unerhebliche Gruppe von Wissenschaftlern, die eine Verfolgung für unzulässig halten, weil sie dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ – keine Strafbarkeit ohne vorheriges Strafgesetz – widerspricht, weil das eben zu DDR-Zeiten erlaubt gewesen sei.

Im April dieses Jahres waren auf einer Tagung von Fachleuten die Berliner Justizsenatorin, Frau Limbach, und meine Wenigkeit die einzigen, die einer Phalanx von Strafrechtswissenschaftlern gegenüberstanden, die diese Verfolgung für unzulässig hielten. Frau Limbach hat vor kurzem im „Spiegel“ mit Erleichterung festgestellt, daß die Zahl der Befürworter inzwischen auf etwas über 50 % angestiegen sei. Sie sehen also: Es handelt sich hier um ein ernstes wissenschaftliches Problem.

Wir haben nun für diese Sitzung ein neues Modell entwickelt. Wir wollten nicht die übliche, mehr oder weniger endlose Aneinanderreihung von Statements des Inhalts „Ja, aber in bestimmten Fällen nein“ oder „nein, aber in manchen Fällen doch“. Eine solche Präsentation des Meinungsspektrums wollten wir hier nicht.

Ich habe mich als Regensburger an das berühmte Streitgespräch zwischen Melanchthon und Dr. Eck erinnert und habe vorgeschlagen, daß wir hier ein wissenschaftliches öffentliches Streitgespräch führen, bei dem Wissenschaftler, die die Position vertreten „Eine Verfolgung ist zulässig.“, und Wissenschaftler, die die Position vertreten „Eine Verfolgung ist nicht möglich.“, repräsentativ für die Wissenschaftler ihrer jeweiligen Gruppe auftreten.

Gestatten Sie mir, daß ich Ihnen nun kurz die Kontrahenten vorstelle:

Zu meiner Rechten ist Herr Oberlandesgerichtspräsident i.R. Rudolf Wassermann, (Beifall)

der seit Anfang der 60er Jahre als ein engagierter Rechtspolitiker, Justizpolitiker und Justizkritiker bekanntgeworden ist, der vor allem gegen die

Erziehung zum Establishment, nämlich die Erziehung der Juristen zum Establishment, zu Felde gezogen ist, der für eine fortschrittliche Juristenausbildung gekämpft hat, der jetzt Herausgeber der Reihe „Alternativkommentare“ im Luchterhand-Verlag ist, also einer Reihe von Kommentaren, die der herrschenden Meinung eine Gegenauffassung entgegensetzen wollen. Es war sicherlich für manche überraschend, daß Herr Wassermann alsbald nach der Wende als ein engagierter Befürtworter einer nachdrücklichen Strafverfolgung der DDR-Regierungskriminalität hervorgetreten ist.

Zu meiner Linken ist Herr Kollege Friedrich Dencker, Professor für Strafrecht und Strafprozeßrecht an der Universität Münster. Er ist mit seiner Habilitationsschrift „Verwertungsverbote im Strafprozeß“ von 1977 als ein engagierter Befürworter einer Begrenzung der Strafgewalt des Staates hervorgetreten. Er ist vor allem auch mit einer Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an der Aburteilung nationalsozialistischen staatlichen Unrechts bekanntgeworden. Wir erhoffen uns von Ihnen, Herr Dencker, daher hier ein engagiertes Eintreten gegen die Zulässigkeit einer Strafverfolgung, um aus diesem Streitgespräch dann Erkenntnisse zu gewinnen.

In einer zweiten Runde werden zwei weitere Kontrahenten in die Diskussion eingreifen, auf dieser Seite Herr Rechtsanwalt Ulrich Hoffmann, der in einem der Mauerschützenprozesse als Nebenklägervertreter aufgetreten ist, also die Sache der Verletzten, der Angehörigen der Getöteten vertreten hat, so daß von daher seine Position hier schon vorauszusehen ist.

Zu meiner Linken ist dann noch Herr Kollege Ulrich Schroth, Professor für Rechtsphilosophie und Strafrecht, wenn ich es richtig sehe, in München, Schüler von Arthur Kaufmann und vor allem mit Arbeiten zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie hervorgetreten.

Ich möchte nun dieses öffentliche Streitgespräch eröffnen und zunächst der Gegenauffassung das Wort geben.

Zuvor möchte ich aber noch einmal betonen: Bei dieser Diskussion geht es nicht um die Frage der Zweckmäßigkeit: Soll man das alles verfolgen oder nicht? Sollte man nicht Großzügigkeit walten lassen? – Es geht um die Frage der rechtlichen Zulässigkeit. Wenn diese Zulässigkeit bejaht wird, dann besteht nach der Strafprozeßordnung eine Strafverfolgungspflicht. Wenn die Strafbarkeit gegeben ist, dann kann die Staatsanwaltschaft und dann können die Gerichte gar nicht anders, als das zu verfolgen und zu verurteilen.

Wir wollen also die damit oft vermengte Zweckmäßigkeitsfrage ausklammern und nur fragen: Ist es nach dem Gesetz und vor allem nach dem Grundgesetz, das ja in Art. 103 Abs. 2 die Bestimmung „keine Strafe ohne Gesetz“ ausdrücklich zu einem Grundrecht erklärt, überhaupt möglich, die Regierungskriminalität zu verfolgen?

Herr Dencker, vielleicht beginnen Sie den kritischen Part!

Prof. Dr. Friedrich Dencker: Ich will mich zunächst einmal auf den Bundesgerichtshof beziehen. – Seit den 80er Jahren ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und eigentlich auch in fast der gesamten Literatur dazu unstreitig geworden, daß im Sinne unserer Vorschriften über den Geltungsbereich des bundesrepublikanischen Strafrechts die DDR als Ausland zu gelten habe, zwar die DDR-Bürger als Inländer, die DDR aber als Ausland. – Etwas kompliziert.

Wenn man das zugrunde legt, dann ist auch über diesen Weg klar: Aus den sogenannten Alttaten ist nur das strafbar, was nach dem Recht der DDR, solange es sie gab, und nach dem Recht der Bundesrepublik strafbar war.

Aber auch dann, wenn man das anders sähe, käme man, glaube ich, über eines nicht hinweg: Die Gesetze der DDR, so häßlich sie gewesen sein mögen, sind von uns als Gesetze der DDR zu akzeptieren. Anders als im Verhältnis des Nachkriegsdeutschland zum Dritten Reich stehen wir sozusagen nicht so frei da, wie Herr Schaefgen das eben zu Recht gesagt hat. Wir konnten mit gewissem Recht sagen: Gesetze des Dritten Reiches erkennen wir gar nicht an. Das war in keiner Weise der Staat, als dessen kontinuierlicher Nachfolger wir uns betrachten.

Als kontinuierlicher Nachfolgestaat der DDR betrachten wir uns aber in gewisser Weise, und zwar – spätestens – ausweislich der beiden Einigungsverträge. Spätestens mit diesen Verträgen hat die Alt-Bundesrepublik die DDR als Vertragspartner anerkannt und – mustern Sie den sogenannten Einigungsvertrag, den zweiten dieser Verträge, daraufhin! – eine Vielzahl von DDR-Staatsakten und -Gesetzen ohne weiteres als legitim anerkannt.

Freilich ist in diesem Vertrag auch die Rede von einem SED-Unrechtsregime. Da ist die Rede von Rehabilitierung der Opfer, von der Möglichkeit, Urteile aufzuheben, die ungerecht waren. Das bedeutet: Wir sind nicht etwa vor die Situation gestellt, daß wir jedes noch so kraß ungerechte Gesetz, jeden noch so kraß ungerechten Staatsakt der vormaligen DDR-Staatsführung anerkennen und zugrunde legen müssen. Wohl aber können wir eben nicht so tun, als habe es diesen Staat und seine Gesetze als Gesetze nicht gegeben. Das tut auch der Einigungsvertrag nicht, der ja in Art. 315 a EGStGB ausdrücklich auf das DDR-Strafrecht abstellt.

Demnach müßte es also so sein, daß – wie Herr Schaefgen es auch dargestellt hat – eine Tat, eine sogenannte Alttat, nach dem Recht der Bundesrepublik bis 1989 und nach dem Recht der DDR bis 1989 strafbar war. Ist das gegeben, besteht für die Strafverfolgung kein Problem. Das betrifft einen sehr engen Bereich, nämlich etwas, was im Gespräch über die NS-Gewalttaten zu dem Ausdruck „Exzeßtaten“ geführt hat. Wenn also ein Staatsfunktionär der DDR, egal welcher, über das hinaus Unrecht tat, was damals von Staats wegen angeordneten wurde, wenn etwa ein Aufseher in einer Justizvollzugsanstalt

brutal prügelte, nicht dem Willen der Führung entsprechend, dann wäre das strafbar.

Strafbar ist und bleibt nach dieser Regel auch etwa der schlicht bürgerliche Diebstahl oder ähnliche Taten.

Nicht aber ist strafbar, was nach dem DDR-Recht nicht strafbar war. Es war beispielsweise nicht strafbar, seit es das Grenzgesetz gab, nach § 27 dieses Grenzgesetzes – um den Hauptstreitpunkt in der öffentlichen Diskussion einmal zu nehmen –, wenn ein Grenzsoldat auf einen Flüchtenden schoß. Das war nach dem DDR-Strafrecht nicht strafbar. Wer an dieser Aussage zweifeln will, der trägt, glaube ich, wirklich die Beweislast. Daß sich ein DDR-Grenzsoldat nach dem Recht der DDR – wohlgemerkt! – strafbar gemacht hätte, wenn er nach den Regeln des Grenzgesetzes handelnd – wie gesagt: die Exzeßfälle klammere ich aus –, einen Republikflüchtling, wie es damals hieß, erschoß, das muß mir erst einmal einer erklären. Wenn das nicht der Fall war, dann ist schon nach der Regel des Einigungsvertrags eine Strafbarkeit solcher Taten heute nicht möglich.

Nun wird gesagt – das war einer der vielen Problempunkte, über die Herr Schaefgen schon berichtet hat –: Das war doch aber kraß ungerecht und endgültig. – Kraß ungerecht und ungültig. – Was ist das eigentlich für ein Maßstab? – Ich will einmal sehr schlagwortartig dazu sprechen: Das ist Naturrecht. Es gibt keinerlei geschriebene Norm, egal welcher Rechtsordnung, die uns ermöglichte zu sagen, wann ein staatliches Gesetz gültig oder ungültig ist. Es gibt Normen unserer Verfassung, die uns sagen, wann unsere Gesetze ungültig sind, nämlich dann, wenn sie gegen die Verfassung verstoßen. Aber das konnte bei DDR-Gesetzen von vornherein nicht der Fall sein bzw. dann waren alle verfassungswidrig.

Dementsprechend gibt es keine Möglichkeit, unter der Geltung des heutigen Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz, des Rückwirkungsverbots, solche Taten zu bestrafen. Wer immer das tut, wendet Naturrecht an, und genau das ist der Inhalt, der zentrale Punkt dieses Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz. Es ist verboten, nach Gerechtigkeitsempfinden zu bestrafen, nach Naturrecht oder sonstwas. Bestraft werden kann nur nach dem positiven, vom Gesetzgeber erlassenen Gesetz. Das hat ja auch einen demokratischen Gehalt. Es wird im Namen des Volkes von uns Richtern gesprochen, wenn wir verurteilen, und das Volk spricht durch die Gesetze, die die Volksvertreter erlassen.

Wo sind denn eigentlich diese Gesetze, nach denen wir beurteilen wollen, ob das kraß ungerecht ist oder nicht? – Es gibt sie nicht.

Es wäre möglich, diesem Dilemma zu entgehen – das ist auf der Staatsrechtslehrertagung von Verfassungsrechtlern vorgeschlagen worden –, indem man den Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz ändert und ausdrücklich für bestimmte Fälle von DDR-Alttaten eine Rückwirkung erlaubt. Das wäre denkbar. Ich hielte das auch für einen sehr gut diskutablen Weg, weil dann nicht irgendwelche –

mit Verlaub, Herr Schaefgen – armen Staatsanwälte und Richter, die ja vor fast unlösbaren Problemen sitzen, darüber zu entscheiden hätten, sondern der Gesetzgeber zu entscheiden hätte, der allein dazu legitimiert ist zu bestimmen, was denn eigentlich strafbar sein soll und was nicht.

Ich möchte noch einen zweiten Punkt voran ansprechen. – Dieser Gesetzgeber, wenn es ihn denn geben sollte, stünde vor einer sehr, sehr schwierigen Aufgabe.

Ich möchte beim Beispiel der Schüsse an der Mauer, der Tötungen an der Mauer, bleiben und mir überlegen: Was müßte ein solcher Gesetzgeber eigentlich regeln? – Das Problem, das allgemein angesprochen wird, ist: Da sind auf der einen Seite Honecker und seine anderen Zentralgenossen, und ganz unten an der Front ist der Grenzsoldat, der schießt. Dann kommt das Problem mit dem Kleinen, den man hängt, und dem Großen, den man nicht hängt.

Ich möchte dieses Gedankenspiel einmal kurz durchspielen. – Wie lange sind eigentlich die Befehlsketten, und wer ist in diesem ganzen System in irgendeiner Weise auch noch mitverantwortlich dafür geworden? – Das sind ja eben nicht nur die oberste Staatsführung und das unterste Ausführungsorgan. Dazwischen gibt es ja – ich weiß nicht genau – vom Schichtführer an der Grenze über den Kompanieführer eine ganze Hierarchie, und es gibt nicht nur diese eine Hierarchie, sondern viele Stränge von Hierarchien. Sollen denn alle strafrechtlich belangt werden? Wenn nein, wer von ihnen soll dann und nach welchem Maßstab strafrechtlich belangt werden? – Das sollen Richter entscheiden können, nach irgendwelchen abstrakten Gerechtigkeitsvorstellungen?

Ich bin – das erlaubt unser Gesetz dem Professor – nebenher auch ein wenig Richter, habe gestern noch Recht angewendet in dieser Funktion. Das ist relativ einfach, wenn die gesetzlichen Wertungen klar sind. Aber hier müßte jeder Richter in jedem Fall den Gesetzgeber spielen, und genau das verbietet die Verfassung.

Wenn man den Weg zur Strafbarkeit von Alttaten ehrlicherweise öffnen will, dann führt dieser Weg über ein Gesetz, das erlassen werden könnte und das die Strafbarkeit solcher Taten genau beschreibt, nach einer entsprechenden Grundgesetzänderung, die den Art. 103 Abs. 2 für diese Fallgruppe – um es einmal so zu benennen – suspendiert. (Beifall)

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Vielen Dank, Herr Dencker, für Ihren Auftakt.

Sie haben gleich mehrere der wichtigen Problem angesprochen und es Herrn Wassermann damit einerseits schwer gemacht, nämlich auf diese Fülle einzugehen, andererseits aber auch etwas leichter gemacht, weil Sie dieses eine

Argument nicht mehr nachschieben können, sondern ihm gleich ermöglichen, im Bündel darauf zu antworten.

Ich darf Sie dann bitten vorzutragen, Herr Wassermann.

Dr.h.c. Rudolf Wassermann: Herr Schroeder, erlauben Sie mir, ein wenig zu der Überraschung zu sagen, von der Sie gesprochen haben, nämlich darüber, daß ich mich als liberaler Rechtspolitiker für die Verfolgung der Funktionärskriminalität in der DDR einsetze.

Ich war Präsident des Landgerichts Frankfurt am Main, das die Hauptlast bei der Aufarbeitung des NS-Unrechts zu tragen hatte. Ich habe protestiert, als das Berliner Landgericht den Volksgerichtshofrichter Rehse freisprach. Es handelt sich also um eine kontinuierliche Weiterarbeit.

Ich habe jetzt die Sorge, daß wir, wenn wir hier Herrn Dencker folgen, zu einem Ergebnis kommen, das diese Riesenarbeit, die die deutsche Justiz bei der Aufarbeitung der NS-Verbrechen geleistet hat, als unrechtmäßig qualifiziert. (Beifall)

Obendrein – um auch auf Herrn Schaefgen einzugehen – habe ich, wenn sich nichts bessert, die Sorge, daß wir, nachdem wir jahrzehntelang die unzulängliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen kritisiert haben, jetzt im Ergebnis noch hinter dem zurückbleiben, was damals immerhin geleistet wurde.

Nun zu der Frage des Art. 103. – Herr Dencker hat ja mit Recht darauf hingewiesen, daß der Einigungsvertrag eine Regelung trifft. Ich möchte doch auch gleich meine Auffassung zu Art. 103 sagen. Herr Dencker plädiert ja gewissermaßen mit Vorbehalten für eine Ergänzung des Art. 103 um einen Absatz, der klarstellt, daß man diese DDR-Alttaten verfolgen kann.

Ich halte das auch durchaus für wünschenswert. Die Frage ist, ob es rechtsstaatlich vertretbar ist. Eine weitere Frage ist – das wollen Sie zwar nicht hören, Herr Schroeder, aber wir können hier im Raum nicht ohne politischen Bezug plädieren –, ob sich denn dafür jemals eine Mehrheit im Deutschen Bundestag findet, eine Mehrheit also, die bereit wäre, einen der Grundpfeiler unseres Rechtssystems, Art. 103, zu opfern, zu ergänzen, um hier eine Verfolgung herbeizuführen.

Diese Situation könnte sich stellen, wenn es nicht möglich wäre, mit dem Instrumentarium des rechtsstaatlich gebundenen Strafrechts zu einer gewissen Ahndung zu kommen. Was die Frage angeht, in welcher Weise die möglich wäre, da macht es mir Herr Schaefgen außerordentlich leicht, nämlich durch seine Ausführungen über die Möglichkeiten und die Probleme. Ich möchte das auch Herrn Dencker zu erwägen geben.

Er hat gesagt, das Verhalten in der DDR müsse strafbar gewesen sein. Art. 8 des Einigungsvertrags hat bis auf wenige Ausnahmen das DDR-Strafrecht aufgehoben. Da aber der § 2 Abs. 1 des bundesdeutschen Strafgesetzbuches

angewendet werden soll, ist eine Verurteilung – da stimme ich zu – nur möglich, wenn die Tat nach dem Recht der DDR mit Strafe bedroht war. Das heißt: Der Normgehalt – so sehe ich auch die einhellige Meinung in der Rechtsprechung – eines Tatbestandes nach bundesdeutschem und nach DDR-Recht muß im wesentlichen identisch sein. Ich betone „im wesentlichen“, um der Fliegenbeinzählerei da etwas entgegenzutreten, die sich ja auch in dem Referat von Herrn Schaefgen in schwierigen Problemen geäußert hat. Vielleicht bedarf es da einer gewissen Auflockerung des positivistischen Denkens, in dem unsere Justiz erzogen ist. Man muß, wenn es Situationen gibt wie heute, mit dem Recht auch kreativ – so möchte ich sagen – umgehen können, ohne den Rechtsstaat damit preiszugeben.

Wie kann man denn das tun? – Der grundlegende Unterschied zwischen dem, was Herr Dencker sagt, und dem, was ich sagen möchte, besteht darin – ich nehme einmal das Beispiel der Todesschüsse an der Mauer, weil das so deutlich ist –, daß er sagt, das Verhalten damals sei nicht strafbar gewesen. Er bezieht sich dabei auf die DDR-Gesetzgebung und – das darf ich wohl ergänzen – vorher auf den sogenannten Schießbefehl, der ja auch eine Anordnung war, von der man gern sagt, das sei ja auch Recht gewesen.

Ich sehe aber im Grunde genommen den identischen Tatbestand darin, daß auch nach DDR-Recht die Tötung eines Menschen verboten war, strafbar war. Was jetzt kommt, ist eigentlich nur folgendes: Es gab ausnahmsweise dieses Recht, dann nämlich, wenn man an der Grenze Dienst tat und den Schießbefehl hatte bzw. an das DDR-Grenzgesetz zu denken hatte. Das sind Rechtfertigungsgründe.

Da wir aber nicht nach dem aufgehobenen DDR-Recht urteilen, sondern nach unserem Recht, müssen wir auch jenen Grundsatz beachten, den man in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung den „Ordre-public-Vorbehalt“ nennt. Das heißt: Die Anwendung fremden Rechts, des Rechts eines fremden Staates, ist dann verboten, wenn diese Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des eigenen Rechts, hier also des Rechts der Bundesrepublik, nicht vereinbar ist. Daß das Ordre-public-Prinzip eine Grenze für die Anerkennung des DDR-Rechts darstellt, hat die Rechtsprechung, an der Spitze der Bundesgerichtshof, das Bundesverfassungsgericht sogar, anerkannt.

Wir können also nur solche Rechtfertigungsgründe des DDR-Rechts akzeptieren, meine ich, die nicht im Widerspruch zum Grundgesetz stehen. Das wäre das Notwehrrecht. In Notwehr darf der Grenzer schießen.

Anders sieht es aber aus, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist, wenn eine Notstandslage vorgeht.

Nun hat Herr Dencker den Ordre-public-Vorbehalt nicht erwähnt. Er ist aber auf ein anderes Problem eingegangen, nämlich das des gesetzlichen Unrechts. – In der Beurteilung der NS-Gesetzgebung hat sich ja dieser

Gedanke, der von Radbruch stammt, durchgesetzt. Die Erfahrung, daß ein staatliches Gesetz wegen des Widerspruchs gegen elementare überpositive Rechtsgrundsätze nicht befolgt werden darf, konnte man eben auch in der DDR machen.

Gerade beim Todesschuß habe ich gar keine Zweifel, und zwar deshalb, weil ja das Grenzgesetz und das vorhergegangene Befehlssystem gegen ein universales Menschenrecht verstießen, die Freizügigkeit nämlich, anerkannt in der Menschenrechtsdeklaration der Vereinten Nationen von 1948, im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 und auch in der KSZE-Schlußakte von Helsinki von 1975.

Zwar hat die DDR es unterlassen, diese Bestimmungen der Verträge, die sie unterschrieben hat, in ihr eigenes Recht aufzunehmen, zu transformieren, wie die Juristen sagen, aber das spielt keine Rolle. Worauf es ankommt, ist, daß dieses Recht ein universales fundamentales Menschenrecht war, und darauf weist ja nun die Aufnahme in diese Pakte und auch die Tatsache, daß selbst die DDR das anerkannt hat, hin.

Darüber hinaus muß man auch sehen, daß die Androhung – ich würde es jetzt polemisch sagen – der Todesstrafe für Grenzübertritte auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strapaziert, ihm – um das rundheraus zu sagen – widerspricht. Meines Erachtens wäre es ein heilloser Rechtspositivismus, wenn man Unrechtsnormen des DDR-Regimes hier als rechtmäßig anerkennt.

Ich möchte dabei auch gar nicht versäumen, auf etwas hinzuweisen, auf das man noch nicht gekommen ist. Letzten Endes war ja dieses Schießen auf Menschen, die die DDR verlassen wollten – wie das Landgericht Stuttgart einmal gesagt hat –, nur die äußerste Konsequenz der Tatsache, daß man mit Hilfe der Sperranlagen, des Mauerbaus und der Todesdrohung die DDR-Bevölkerung hermetisch von der Umwelt abschließen wollte. Das war ja kein Grenzgesetz wie andere Grenzgesetze, das bestimmt war, bestimmten rechtsstaatlichen Zwecken zu dienen, sondern es war doch ein Gesetz, das die Leute einsperrte. Ich werfe die Frage auf, ob man nicht deshalb Honecker und die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats auch wegen Freiheitsberaubung eines ganzes Volkes anklagen müßte. (Beifall)

Übrigens gilt das ähnlich auch für den Diebstahl. Wenn man sich fremdes Eigentum mit Hilfe von rechtswidrigen Enteignungsakten zueignet, taucht die Frage auf, ob man das immer jenseits dieser Bestimmung sehen kann.

Viele Juristen – Herr Schroeder hat ja diese eindrucksvollen Zahlen genannt, nach denen ich mich in einer Minderheitsposition befinde, aber nur unter den Rechtslehrern, nicht unter den Rechtspraktikern – haben offenbar ganz erhebliche Schwierigkeiten, gegen Leute vorzugehen, die Staatsoberhäupter oder auch Regierende sind. Ich frage mich, ob da die Nachwirkung des Obrigkeitsstaates aus dem Absolutismus noch eine Rolle spielt. (Beifall)

oder ob andere Gründe da sind, eine gewisse Scheu da ist.

Im Gegenteil: Ich verspreche mir einen enormen moralischen, rechtspolitischen Effekt davon, daß man einmal klarstellt, daß sich auch die Leute an der Spitze einer Regierung strafbar machen können und zur Rechenschaft gezogen werden; denn das ist ja wohl gerade der Fehler, immer nur die Kleinen zu bestrafen und die Großen nicht.

Ich will an dieser Stelle schließen. Es gäbe noch viel zu sagen, was noch im einzelnen da eine Rolle spielte, aber zum Streitgespräch gehört ja, daß man rechtzeitig aufhört. Ich komme ja, wie ich hoffe, nachher noch einmal zu Wort.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Vielen Dank, Herr Wassermann. – Auch Sie haben, was Probleme und Gedanken angeht, die Sie aufgeworfen haben, keinen Mangel gelassen.

Herr Dencker, Ihnen brennt es sicherlich schon unter den Nägeln, hierauf zu antworten. Ich darf Sie aber vielleicht bitten, jetzt etwas kürzere Ausführungen zu machen, damit das Gespräch mehr – wie bei einem Tennismatch – hin- und herfliegt.

Prof. Dr. Friedrich Dencker: Ich will versuchen, es sehr kurz zu machen, auf die Gefahr hin, daß es schlagwortartig wird.

Wenn Sie bezweifeln, daß sich der Bundestag aufraffen wird, den Art. 103 Abs. 2 einzuschränken, dann mag die Prognose richtig sein. Wenn der Bundestag das mit dem Gedanken tut „Da sollen sich die Richter die Finger schmutzig machen.“, wenn das so sein sollte, dann wäre das aber nicht sehr rechtsstaatlich gedacht.

Sie haben auf den Ordre public verwiesen. – Ordre public ist in der Tat vom Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zur DDR in zwei Entscheidungen angesprochen worden. Dabei ging es um gänzlich andere Fragen, nämlich um die Frage der Auslieferung an die DDR bzw. um die Vollstreckung eines DDR-Urteils in der Bundesrepublik aufgrund des Rechtshilfegesetzes. Also: Man sollte doch sehen, daß man die Dinge getrennt behandelt, die auch getrennt behandelt gehören.

Der Ordre public klingt zwar ein bißchen gelehrter als ein Ausdruck wie „die guten Sitten“, aber er ist nichts anderes als eine sogenannte Generalklausel, und darauf darf die Strafe gerade nicht gegründet werden.

Ein letztes – ich will also wirklich nur kurz auf die Argumente eingehen –, auf die Gefahr hin, daß es weh tut. – Es wurde gesagt, die Freizügigkeit sei ein elementares Menschenrecht. Die Freizügigkeit ist nach unserem Grundgesetz, Art. 11. garantiert innerhalb des Bundesgebiets. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung, mit der sich jeder Jurist in seinem Studium zu beschäftigen hat, der berühmten Elfes-Entscheidung – veröffentlicht im 6.

Band –, darauf hingewiesen, daß die Ausreisefreiheit aus der Bundesrepublik durch unsere Verfassung nicht gewährleistet ist.

Sie ist im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, der allgemeinen Handlungsfreiheit, gewährleistet, aber diese kann aus allen möglichen Gegengründen eingeschränkt werden. Bei dem Politiker Elfes ist es damals darum gegangen, daß ihm der Paß für die Ausreise versagt worden ist, als er auf Kongressen allüberall gegen die Aufrüstungspolitik, Westpolitik Adenauers protestierte, in der er eine Gefahr für die Wiedervereinigung sah. – Die Geschichte mag vieles merkwürdig erscheinen lassen.

Ich möchte darauf hinweisen, daß diese Paßverweigerung vom Bundesverfassungsgericht im Elfes-Urteil für nicht verfassungswidrig erklärt worden ist. – Soviel zu dem elementaren Menschenrecht.

Es hat immer soviel Pathos, wenn gesagt wird: elementar, Menschenrecht. – Man sollte aufs geltende Recht schauen, und darin, nämlich in der Verfassung, ist die Ausreisefreiheit nicht ausdrücklich gewährleistet und damit sehr schwach gewährleistet.

Das ändert nichts daran, daß es scheußlich ist. Ich persönlich habe sehr viel Sympathie für den Ausdruck, daß das überhaupt eine der Grundfreiheiten schlechthin ist; aber was in der Verfassung steht, ist maßgeblich, auch für mich. (Zuruf)

– Ich möchte das gern aufgreifen. Damit sind wir wieder im Bereich der überpositiven Rechte, und das Strafrecht ist auf das geschriebene positive Recht begrenzt, wenn es um Strafbegründung geht.

Ein letztes schließlich, auch wenn es weh tut – ich habe es angekündigt –: Auch wir haben ein Grenzgesetz. Auch wir haben ein Schußwaffengesetz für den Schußwaffengebrauch an der Grenze. Nach § 11 des Bundesgesetzes über den unmittelbaren Zwang dürfen die – ich sage verkürzend – Grenzbeamten dann, wenn jemand die Grenze außerhalb des dafür Vorgesehenen überschreiten will und auf Anruf nicht hält, nach Warnschuß auch auf den Flüchtenden schießen.

Natürlich ist das – da liegt der Unterschied der Rechtsordnungen – kaum einmal vorgekommen, wenn es überhaupt je vorgekommen ist. Sie haben völlig recht mit dem Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit. Aber wenn wir bei der Verhältnismäßigkeit sind, muß man, glaube ich, eines rückblickend der DDR auch attestieren: Der Schießbefehl und später das Grenzgesetz sind ja nicht aus Daffke entstanden; die DDR wäre frühzeitig zusammengebrochen, wenn die Grenze nicht zugemacht worden wäre.

Das ändert nichts an dem Faktum, das ändert nichts an der geschichtlichen Schmählichkeit der Angelegenheit; aber wenn man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anspricht, muß man ihn aus dem System heraus betrachten. Es war dort die Ultima ratio, die Grenze zuzumachen.

Gesprächsleiter Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Meine Damen und Herren, das Streitgespräch erfüllt offensichtlich seinen Zweck, indem es Sie bereits zu Zwischenrufen reizt und dazu, sich einzumischen. Das ist ein Zeichen dafür, daß der Streitkultur, die hier geliefert wird, gelingt, was wir erreichen wollten, nämlich Sie in Bewegung zu setzen.

Trotzdem möchte ich Sie bitten, sich einstweilen noch etwas zurückzuhalten. Nachher wird sozusagen der Ring freigegeben, und Sie können sich dann selber mit Fragen an die Disputanten wenden.

Herr Wassermann, was halten Sie dem entgegen?

Dr.h.c. Rudolf Wassermann: Wenn ich Herrn Dencker folgen will, muß ich doch sagen: Strafbegründung leite ich nicht aus dem Naturrecht her. Es geht mir um die Abwehr gewisser Rechtfertigungsgründe, die sich ableiten. Strafbegründend ist die Tatsache, daß man einen Menschen nicht töten darf, ebenso im DDR-Recht wie hier.

Jetzt möchte ich das etwas kürzer machen. – Als wir die NS-Verbrechen juristisch zu bewerten hatten, standen wir auch vor der Frage: Soll man im Rahmen des Gegebenen denken, oder ist man angesichts der unerhörten Dinge, die geschehen sind, nicht verpflichtet, seine juristische Kompetenz einmal so zu gebrauchen, daß man auch einmal den Mut hat zu fragen: Sind wir mit unserem Freizügigkeitsrecht wirklich auf den Stand der internationalen Möglichkeiten gelangt? Sind wir hier nicht vielleicht auch noch verpflichtet, das etwas weiter zu treiben? Muß das, was wir eng gesehen haben, in unserer Rechtsprechung der Weisheit letzter Schluß sein?

Ich bin der Meinung, daß sich das Recht entwickelt. Gerade solche Fälle, die man vorher nicht gehabt hat, sind der Punkt, an dem man – ich habe vorhin das Wort „kreativ“ gebraucht – einsetzen muß. Der Unterschied zu einer – so wird man mir sagen – hemmungslosen Ausweitung liegt darin, daß wir uns immer fragen müssen: Ist das noch mit den rechtsstaatlichen Grundprinzipien vereinbar?

Wenn ich nun wieder höre, daß Herr Dencker sogar meint, man könne Art. 103 ergänzen, dann muß ich sagen: Ich sehe da natürlich auch ein ganz enormes rechtsstaatliches Problem, das wohl mehr als die bisherigen anderen Punkte unser Verständnis berührt.

Ich komme noch einmal auf die Alternative zurück: Wollen wir unseren Verstand, unseren juristischen Verstand, gebrauchen, um die Möglichkeiten wie nach 1945 zu sehen, oder wollen wir unseren Standpunkt nach 1945 desavouieren und sagen „Das geht hier jetzt anders zu.“? – Ich verkenne gar nicht, daß sich seit 1945 auch in der juristischen Ausfüllung der Rechtswissenschaft eine Wiederbelebung des radikalen Positivismus abgezeichnet hat. Aber gerade da, meine ich, gibt es auch jetzt wieder einen Stein des Anstoßes, von dem aus man nachdenken muß, ob das denn wirklich richtig ist.

Herr Schaefgen – Herr Schroeder, erlauben Sie mir, darauf kurz einzugehen – hat ja auf das Unrecht durch Rechtsprechung hingewiesen. Da ist gerade meine Kritik wieder sehr notwendig, wie mir scheint. Er fragt ja: Was sollen wir denn machen? Erst einmal muß ein Vorsatz nachgewiesen werden; sonst können wir keinen wegen Freiheitsberaubung – ich nehme jetzt einmal den Fall, daß verurteilt und eingesperrt wird – verurteilen. – Worauf beruht denn das? Das beruht darauf, daß der große Radbruch diesen Satz aufgestellt hat, und Radbruch sagt: Das soll die Unabhängigkeit des Richters schützen. – Jetzt haben wir aber keine unabhängigen Richter. Nun fühlen wir uns aber dadurch gebunden, daß zwischendurch der Bundesgerichtshof diese Radbruchsche Formel, weil in § 336 StGB das so steht, auf Nichtrichter erweitert hat.

Jetzt kann es für die Rechtsprechung gar keine andere Lösung geben, finde ich, als zu erkennen, daß hier ein Irrweg beschritten worden ist. Dieser Satz, der dazu da war, Richter zu schützen, war damals schon falsch; denn er hat NS-Richter dort geschützt, wo sie gerade nicht unabhängig entschieden haben. Wir sollten jetzt auch einmal klarmachen, daß es nur zweier Schritte bedarf, Herr Schaefgen. Der erste wäre zu sagen: Die Radbruchsche Formel ist nicht auf Nichtrichter anwendbar. – Der zweite Schritt wäre zu sagen: Sie ist nur auf unabhängige Richter anwendbar. – Nun mache man mir klar, daß – Sie haben selbst die Entscheidungen genannt – diese Entscheidungen als von unabhängigen Richtern gefällt angesehen werden können nach dem, was wir über den Status der Richter, über Einflußmöglichkeiten, über ihre Sozialisation wissen.

Dann, glaube ich, kämen wir auch in dieser Sache zu einer anderen Beurteilung. Wir würden nämlich die Richter verurteilen wegen dessen, was sie getan haben, Freiheitsberaubung usw., und nicht wegen der Sache, die wir aus unserer Rechtsprechung erst dahin transportieren.

Das nur zu dieser Sache.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich Christian Schroeder: Vielen Dank, Herr Wassermann. – Ich möchte doch darum bitten, daß wir die Frage des Richterprivilegs hier zunächst einmal ausklammern. Es stellen sich ja die gleichen Probleme, weil der Richter ja einen Rechtfertigungsgrund hat, selbst wenn man ihn nicht wegen Rechtsbeugung verurteilt. Er hat denselben Rechtfertigungsgrund, den auch Honecker und die Mauerschützen für sich in Anspruch nehmen. Der Unterschied liegt eigentlich nur darin, ob der direkte Vorsatz erforderlich ist oder nicht.

Ich meine, daß wir doch noch einmal zu dem Kernproblem zurückkehren sollten. Ich frage Sie, Herr Schroth: Meinen Sie, daß, was die kritischen Argumente angeht, von Herrn Dencker noch nicht alles gesagt wurde?

Prof. Dr. Ulrich Schroth: Ich möchte zunächst einmal noch etwas zu der Argumentation von Herrn Dencker nachschieben und möchte dann

versuchen, einen Weg dafür aufzuzeigen, wie man mit diesen Sachen vielleicht einigermaßen sinnvoll umgeht.

Herr Dencker hat absolut recht in der Position, glaube ich, daß man nur dann zu einer Bestrafung kommen kann, auch in den Mauerschützensachen, wenn man eine Strafbarkeit in der DDR tatsächlich begründen kann. An diesem Grundprinzip darf man nichts ändern; es sei denn, man ist bereit, auch das Grundgesetz zu ändern, wie Sie ja gesagt haben. Das heißt: Um bestrafen zu können, brauchen wir a) eine Strafbarkeit in der DDR zum Tatzeitpunkt und b) eine Strafbarkeit zum heutigen Zeitpunkt.

Dann ist die Frage: Wie kann man dazu kommen? – Ob man, Herr Wassermann, wie Sie gesagt haben, über den Ordre-public-Vorbehalt dazu kommen kann, da habe ich auch erhebliche Bedenken. Ich muß dazu auch eines sagen: Das Bundesverfassungsgericht hat bisher nicht entschieden – ich habe vor dieser Veranstaltung extra noch einmal nachgeguckt –, daß über den Ordre-public-Vorbehalt der Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz eingeschränkt werden darf. Eine derartige Entscheidung gibt es bis zum heutigen Zeitpunkt nicht.

Wie kommt man also trotzdem insoweit eventuell zu einer Strafbarkeit? – Dafür gibt es nach meiner Ansicht zwei Methoden. Die erste Methode wäre die: Man erklärt den § 27 Grenzgesetz für verfassungswidrig mit der Begründung, er verstoße gegen grundsätzliche Menschenrechte. – Dabei geraten wir aber in erhebliche Schwierigkeiten gerade mit unserem Grundgesetz, auch wenn wir z. B. die Radbruchsche Formel anwenden, wenn gesetzliches Recht Unrecht ist, also in dieser Gestalt jedenfalls nichtig ist, und zwar deswegen, weil der Parlamentarische Rat das Recht zur Auswanderung ausdrücklich abgelehnt hat. Der hatte nämlich Angst, daß sich in der Nachkriegszeit zu viele Leute fortbewegen. Das muß man ausdrücklich sagen. Unser Parlamentarischer Rat hat das Recht auf Auswanderung ausdrücklich im Grundgesetz abgelehnt.

(**Dr.h.c. Rudolf Wassermann:** Aber sie haben es doch!)

– Man hat es inhaltlich,

(**Dr.h.c. Rudolf Wassermann:** Das ist doch entscheidend!)

aber die Frage ist doch immer noch, wenn Sie mit Radbruch sagen, dieses Gesetz sei nichtig: Wie begründe ich dies? Man kann es eigentlich nur so begründen, denke ich, wie Herr Dencker das gesagt hat, daß man sich nämlich auf den Standpunkt stellt, daß es irgendwo ein Naturrecht auf Ausreise gibt. – Das kann man in dieser Art und Weise machen. Das ist aber ein gewagter rechtstheoretischer Standpunkt. Ich bin ja von Hause aus – Herr Schroeder, Sie haben mich auch so angekündigt – eigentlich nur Rechtsphilosoph. Die Diskussion darüber, ob man dies so begründen kann, würde ich gern einmal mit Ihnen führen; das ist aber eine eigene Debatte.

Ich denke mir: Diese Sache steht auf wackligen Füßen. Außerdem muß ich folgendes sagen: Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, es sei

jedenfalls auch verfassungswidrig in diesem Sinne, wäre immer noch die Frage, ob man nicht eine Richtervorlage machen müßte – Art. 100 Grundgesetz ist das –, die sich mit dem § 27 DDR-Grenzgesetz beschäftigt.

Vielleicht lassen sich die Fronten trotzdem doch etwas dadurch aufweichen, daß man einen anderen Weg geht. Wie mir bekannt ist, ist, glaube ich, eine Jugendkammer in Berlin diesen Weg gegangen. Man kann sich vielleicht aus der Patsche helfen, ohne zu diesem Riesenhammer „Änderung des Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz“ greifen zu müssen, wenn man sich auf den Standpunkt stellt: Legen wir doch einfach einmal diesen § 27 Grenzgesetz aus. – Ihn auszulegen verbietet uns Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz ja wohl nicht.

Ich habe mir vorhin bei dem § 27 noch eine Vorschrift angemerkt. Im letzten Absatz heißt es dort: Bei der Anwendung der Schußwaffe ist das Leben von Personen nach Möglichkeit zu schonen. – Das steht in Absatz 5 des § 27 Grenzgesetz ausdrücklich drin.

Die Jugendkammer in Berlin ist, finde ich, einen sehr vernünftigen Weg gegangen, indem sie sich zunächst einmal auf den Standpunkt gestellt hat: Ich kann das Ganze jetzt eigentlich doch harmonisieren und kann dann zu einer Strafbarkeit kommen, wenn ich insoweit den § 27 Abs. 5 interpretieren, und zwar in einem anderen Sinne.

Da kann man, Herr Schroeder, an die juristische Dogmatik anknüpfen. Ein Rückwirkungsverbot für die Interpretation von Gesetzen gibt es jedenfalls nicht. Das hat bisher unser BGH auch immer abgelehnt.

Ich muß eines aber dazusagen: Von mir ist jetzt ein Weg gewiesen, den ich, wenn ich ihn jetzt nicht selber vorgetragen hätte, schon als einigermaßen trickreich bezeichnen würde. Aber er scheint mir jedenfalls noch das plausibelste Verfahren zu sein, wie man in solchen Fällen zur Strafbarkeit kommt.

Eines muß ich noch hinzufügen: Wenn dieser Weg, den ich gewiesen habe, eigentlich die Jugendkammer in Berlin gewiesen hat, richtig ist, dann heißt das: In allen diesen Mauerschützenprozessen muß jeweils gefragt werden: War das sozusagen eine schonende Weise, in der sie damit umgegangen sind? (Zuruf)

Ich kenne die beiden ersten Fälle, und da war die Weise nicht schonend. Da konnte man in der Tat auch zur Strafbarkeit kommen.

Jedenfalls wäre das ein Mittelweg, ein Weg, wie man sich als Jurist, denke ich, durchlavieren könnte in einem rechtsstaatlichen Sinne.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Herr Schroth, vielen Dank für Ihre sehr interessanten Ausführungen. Allerdings haben Sie damit die Ihnen zugewiesene Position etwas verlassen und haben Herrn Dencker allein sitzenlassen.

Herr Jakobs hielte Ihnen entgegen, daß damit – Sie haben selber das Trickreiche angesprochen – natürlich doch nachträglich die Strafbarkeit in

das DDR-Recht hineinprojiziert würde. Ich will dazu nicht Stellung nehmen. Ich bin nur Gesprächsleiter. Ein schärferer Gegner würde auch gegen Ihr Verfahren einiges einzuwenden haben.

Herr Hoffmann, meinen Sie, daß noch nicht alle Argumente Pro vorgebracht worden sind? Können Sie uns noch um weitere Argumente bereichern?

Ulrich Hoffmann: Herr Schroeder, meine Damen und Herren, ich bin hier ja als der Mann der praktischen Seite eingeführt worden. Sie, jedenfalls Sie, Herr Professor Dencker, werden es einem Anwalt sicherlich nicht verübeln, wenn er hier einen nötigen Schuß Polemik hineinbringt, aber, wie ich meine, mit dem richtigen Hintergrund.

Als Anwalt lebt man, jedenfalls gelegentlich, von der Taktik, in Verfahren, die letztlich aussichtslos sind, auf die Karte der Verzögerung zu setzen oder zu setzen zu versuchen. Ich habe den Eindruck, daß das, was die Täter auf der DDR-Seite vorbringen, auch was ihre Verteidiger vorbringen, nichts anderes als Verzögerung ist. Ich bin zwar nicht überrascht, aber gleichwohl – ich nehme das Zauberwort der heutigen Zeit – betroffen darüber, daß deutsche Professoren diese Verzögerungstaktik mitmachen.

Diese Verzögerung wird nicht fruchten. Ich habe nicht den geringsten Zweifel daran, daß die Revisionsentscheidungen zu den Mauerschützenprozessen so ausgehen, wie es das Urteil im ersten Mauerschützenprozeß vorgegeben hat.

Verzögerung spreche ich auch deshalb an, Herr Dencker, weil ich mich zu fragen beginne, ob wir denn aus der Geschichte eigentlich überhaupt nichts gelernt haben und alle die Fragen, die bereits beantwortet gewesen sind, neu stellen. Was Sie hier tun, Herr Dencker, was Sie und andere tun, das ist, die Frage nach dem formalen Rechtsstaatsprinzip zu stellen. Wenn diese Frage die umfassende wäre, dann wären die Nürnberger Rassengesetze legitim; denn sie waren Gesetze.

(Beifall – Zuruf: Das ist der Punkt!)

Wir wissen beide, daß dazu das materiale Rechtsstaatsprinzip zu treten hat, und das ist die Frage danach, ob das gesetzte Recht legitim ist. Das gesetzte Recht ist immer nur dann legitim, wenn es im Sinne einer höherrangigen Idee von Gerechtigkeit und Billigkeit Bestand hat.

Deshalb ist auch die Frage nach der Auslegung des Grenzgesetzes keine Brücke – auch Sie, Herr Kollege, verlassen da die Frage der Legitimität –; es geht vielmehr grundsätzlich darum, daß wir verlangen müssen und dürfen – so hat man auch im Mauerschützenprozeß entschieden –, daß gesetztes kriminelles Unrecht dann nicht befolgt werden muß, wenn der Unrechtscharakter einsehbar gewesen ist – sehr allgemein formuliert; wir brauchen das unter uns nicht zu vertiefen.

Was mich fast schon angenehm überrascht – auch das sage ich ein wenig polemisch –, ist die Tatsache, daß hier auf dem Forum wenigstens Einigkeit

darüber zu bestehen scheint, daß wir es hier mit Staatsverbrechen zu tun haben. Herr Professor, das ist in diesem unseren Lande – in Neudeutsch gesagt – vor wenigen Jahren noch gar nicht selbstverständlich gewesen. Es war doch, mit Verlaub gesagt, kalter Krieg, wenn man Wahrheit über die DDR, generell über den Kommunismus verbreitet hat. Auch daran haben sich in unseliger Weise deutsche Professoren beteiligt.

Wir sind heute alle miteinander jedenfalls so weit, daß wir das Unrecht der DDR als kriminelles Unrecht bezeichnen. Aber es reicht mir nicht aus, wenn ich von Ihnen höre: Wir möchten ja gern, wir können nur nicht. – Wir als Juristen sind immer der Frage danach verpflichtet, wie weit unsere Rechtsordnung es hergibt, gleichwohl zur Strafbarkeit zu kommen.

Da sprechen Sie – richtigerweise – die Strafbarkeit nach den DDR-Vorschriften an, die gegeben sein muß. – Es ist für mich aber eine entlarvende Geschichte, wenn Rechtsanwälte, wenn Richter, vereinzelt sogar Staatsanwälte, insbesondere Rechtslehrer sich im Sinne einer Rosinentheorie ausgerechnet die Rechtsvorschriften der DDR herauszupicken scheinen, die in der Konsequenz dazu führten, daß man die Brüder nicht bestrafen kann.

Herr Kollege, gehen wir doch den Weg, auch die Gesetze der DDR heranzuziehen, die uns die Bestrafbarkeit ermöglichen! (Beifall)

Warum denn immer dieses Bohren seitens der Rechtslehre, als würde sie in der Rolle des Verteidigers stehen? Das überlasse ich gewissen PDS-Anwälten, die versuchen, das kriminell erschlichene Vermögen zu bewahren, und sich dabei noch, vom Streitwert her, eine goldene Nase verdienen. (Beifall)

Wir haben uns in der Tat an das Recht der DDR zu halten, aber bitte nicht nur an das, was die DDR im Sinne einer Scheingerechtigkeit vorgegeben hat. Allein das gäbe uns schon einen ausreichenden Anhaltspunkt, weil sich diese – ich nenne sie einmal so – kriminelle Bande ja den Anschein der Rechtsstaatlichkeit gegeben hat. Sehen wir doch ihre Gesetze als Chance an! Von der Tatbestandsseite her kommen wir ja hinsichtlich der meisten Taten – Herr Schaefgen hat sie heute aufgelistet – über die DDR-Gesetze weiter. Insbesondere aber – das muß immer wieder auch ins Bewußtsein der Öffentlichkeit gebracht werden –: Erinnern wir uns daran, daß die DDR – wenngleich im Sinne einer verlogenen Taktik, weil sie nämlich geglaubt hat, sie würde nie an diesem Maßstab gemessen werden – den Pakt über bürgerliche und politische Rechte unterschrieben hat! Dies gibt uns den rechtsstaatlichen Aufhänger. Alles andere sind für mich sehr durchsichtige Verzögerungsversuche und Entschuldigungsversuche. (Beifall)

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Herr Dencker, ehe ich Ihnen noch einmal das Wort erteile, möchte ich noch etwas sagen. – Ich habe eben mit einer Äußerung gegen die Verfolgbarkeit in die Diskussion eingegriffen. Um mich als unparteilich zu erweisen, möchte ich nun auch ein

Argument für die Verfolgbarkeit anbringen, und zwar eines, das die Diskussion zwischen Positivismus und Naturrecht vielleicht auflöst.

Was sagen Sie dazu, daß im Strafgesetzbuch der DDR eine Bestimmung enthalten war, in der es heißt „Bei einem Verstoß gegen Menschenrechte nützt keine Berufung auf Befehl oder auf Gesetz.“? Ist Ihnen diese Bestimmung – das ist in § 95 des Strafgesetzbuchs der DDR – bekannt? Da stand also im positiven Recht das drin. Da wurden das Naturrecht, die Menschenrechte in das positive Recht hineingeholt – eigentlich eine fabelhafte Leistung. Man hat es natürlich nicht gegen die eigene Staatsgewalt gemeint, sondern gegen andere.

Ich will Ihnen nicht vorgreifen. Also: Was sagen Sie zu diesem Argument und natürlich auch zu dem, was Herr Hoffmann gesagt hat?

Prof. Dr. Friedrich Dencker: Ich darf da direkt anknüpfen. Es hat keinen Zweck, daß man als Gesetze nur Buchstaben nimmt.

(Zurufe: Eben! – Genau das!)

Um ein Beispiel zu bringen: § 253 BGB besagt, daß es nur in bestimmten Fällen Schmerzensgeld gibt. Die Rechtsprechung hat sich darüber hinweggesetzt, und das gilt nun. Das gilt!

Genauso gilt natürlich auch dieser Verfassungsartikel oder galt dieser Verfassungsartikel in der DDR so, wie er damals gemeint war.

(Zurufe)

Das geht im Grunde auch gegen die Idee von Herrn Schroth, man könne rückwirkend einfach mit der heutigen westlichen Auslegung das damals östliche Recht bestimmen.

(Zurufe)

Das ist doch nur ein Vernebeln der Rückwirkung.

(Zurufe)

– Darf ich vielleicht auch ausreden?

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Gehen Sie ruhig aufeinander los! Das belebt die Diskussion.

Prof. Dr. Friedrich Dencker: Mein Punkt, an dem Sie mich nicht werden irremachen können, ist der, daß es um Rückwirkung geht und daß Rückwirkung von unserer Verfassung nicht erlaubt ist.

Vor allem eines: Ich gehe sofort mit Ihnen allen konform darin, daß alle möglichen Vorschriften des DDR-Rechts, ob die Gesetze oder andere Rechtsbestandteile, scheußlich, menschenrechtswidrig und sonst etwas waren und daß man daraus alle möglichen Konsequenzen ziehen kann, also rentenrechtliche, arbeitsrechtliche, was auch immer. Im Strafrecht aber geht es darum, daß damals die Sache strafbar gewesen sein muß. Wenn Sie einen Paragraphen herausbrechen, also etwa den Grenzgesetzparagraphen, dann war die Tat

damals immer noch nicht strafbar. Die Nichtigkeit der betreffenden Vorschrift führt nicht zur Strafbarkeit nach DDR-Recht 1987.

Im Interesse einer aufrichtigen Diskussion sollten wir uns darüber einigen, daß alle diese trickreichen Ansätze an dem Problem vorbeiführen, daß wir – das gebe ich gern zu – ein zweites Mal in unserer Geschichte auf dem Wege sind, durch die Gerichte die Verfassung mit dem Rückwirkungsverbot unterwandern zu lassen.

Aus einigen Reaktionen eben habe ich mitbekommen, daß man das für erträglicher hält, als die Verfassung offen zu ändern. Das kann ich in meinem Bestreben nach Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit nicht ganz nachvollziehen. (Beifall)

Wir haben etwas Entsprechendes in der jüngsten tagespolitischen Diskussion gehabt, und zwar – Herr Schaefgen hat es angesprochen – im Zusammenhang mit der Verjährung. Da geht ein maßgeblicher Justizpolitiker hin und sagt, der Gesetzgeber könne das mit der Verjährung nicht machen, aber die Richter könnten das. Ich bin von einem mit mir befreundeten Bundesrichter darauf angesprochen worden, der von mir hören wollte, wie ich das fände. Ich habe dazu geschwiegen. Daraufhin hat er sich zu dem Wort „befremdlich“ verstiegen. – Das ist doch jedenfalls nicht etwas, was man – wie soll ich sagen? – unter den Kategorien eines aufrichtigen Gesprächs wirklich ernsthaft machen kann.

Um mehr als das geht es mir nicht. Wir stehen vor einem Rückwirkungsproblem. Wir haben auch nach 1945 vor einem Rückwirkungsproblem gestanden. Das ist seinerzeit im Kontrollratsgesetz Nr. 10 von den Alliierten auch klar geregelt worden. Die haben geschrieben: Das damalige Recht ist ungültig; wir erklären jetzt die Verbrechen gegen die Menschlichkeit für strafbar. – Da konnte ein Gericht – es war damals der Oberste Gerichtshof für die britische Zone – dann, als sich jemand auf den Grundsatz „nulla poena sine lege“ – keine Strafe ohne Gesetz – berief, auch guten Gewissens sagen: Aber in unserem Gesetz steht es anders.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Meine Damen und Herren, ehe ich den Mitgliedern der Enquete-Kommission des Bundestags die Gelegenheit gebe, an die Vertreter auf dem Podium Fragen zu richten, möchte ich Herrn Wassermann die Möglichkeit zu einem kurzen Schlußwort in dieser Diskussionsrunde geben. Bitte.

Dr.h.c. Rudolf Wassermann: Mich erinnert die Diskussion gerade in dem, was Herr Dencker mit schwerem Ernst vorgetragen hat, an die Verjährungsdebatten im Deutschen Bundestag. Auch damals war es so, daß rechtsstaatlich immer wieder Bedenken gegen die Verjährungsabschaffung vorgetragen wurden. Man sagte, daß das doch nicht geht, und dann haben sich doch andere Gesichtspunkte durchgesetzt.

Hier ist es auch so, daß man diese Parallele ziehen kann. Es ist für den Bundestag wichtig, glaube ich, daran zu denken.

Rechtsphilosophisch, Herr Dencker, haben Sie noch gefragt: Was ist eigentlich Recht? Was ist Gesetz? – Da gilt, wenn ich Sie richtig verstanden habe, nicht der Buchstabe des Gesetzes, da gilt nicht der Wortlaut, sondern da gilt eine von der SED gewollte, durch die Beschlüsse gewünschte oder von den Richtern sogar im vorauseilenden Gehorsam vorgenommene Auslegung, die dann vielleicht Rechtspraxis war.

Für die NS-Zeit war es ja auch so, daß wir sagten: Nein, nein, wir beurteilen dein Verhalten nach dem Gesetz, und wenn du eine Auslegung getroffen hast, von der du annehmen konntest, sie entspreche dem Willen der Partei, oder wenn du einem Hitlerbefehl gefolgt bist, dann ist das für uns nicht Recht.

Wir stehen hier also vor dem weiteren Problem: Was ist eigentlich Recht und Gesetz? – Ich habe den Eindruck – das halte ich auch für gut –, daß die Richter als DDR-Recht nicht das von der Partei gelenkte Wollen ansehen, dem Richter gefolgt sind, sondern die Gesetze, wie sie beschlossen worden sind und nicht etwa auf den Kopf gestellt worden sind. Auch das ist ein rechtsphilosophisches Problem, das auf uns zukommt und von dem ich meine, daß die Praxis, die bundesdeutsche Praxis, das richtig lösen wird. Sie wird nicht sagen: Was die da gemacht haben, um der SED zu gefallen, war Recht; diese Auslegung gilt.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Herr Schroth, Sie haben gebeten, noch einen Satz sagen zu dürfen. Bitte.

Prof. Dr. Ulrich Schroth: Wirklich nur einen Satz. – Mir geht es auch darum, daß man einmal sieht, daß dem Ganzen auch etliche Fehler des Bundestages vorausgegangen sind. Der eigentliche Fehler des Bundestages war der, daß er das Tatortrecht im Rahmen des § 7 StGB eingeführt hat. Gäbe es nämlich das Tatortrecht nicht im Hinblick auf den § 7 StGB, dann hätten wir alle die Probleme, die wir derzeit haben, nicht.

Nachdem auch an die professorale Seite viele Vorwürfe gemacht worden sind, kann man auch diesen Aspekt, was nämlich vom Bundestag bisher oder damals versäumt worden ist, einmal vortragen.

Gesprächsleiter Prof. Dr. Friedrich-Christian Schroeder: Sie beherrschen die Kunst, in einem Satz zehn Sätze zu verstecken, gut.

Die Mitglieder der Enquete-Kommission fiebern schon darauf, glaube ich, Fragen an die Vertreter auf dem Podium zu stellen. Frau Abgeordnete Dr. Wilms, Sie hatten sich zuerst gemeldet. Bitte.

Abg. Frau Dr. Wilms (CDU/CSU): Herr Professor Dencker, wenn ich Ihrem sehr rigiden rechtspositivistischen Denken folge – ich bemühe mich, das zu tun; ich bin kein Jurist –, komme ich zu dem Schluß: Dann wäre eine Aufarbeitung der NS-Zeit, eine juristische Aufarbeitung der NS-Zeit,