

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 Altataten 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 Schaeffgen 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 Schaeffgen 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 „Exzeßtat“ geführt hat. Wenn also ein Staatsfunktionär der DDR, egal welcher, über das hinaus Unrecht tat, was damals von Staats wegen angeordnet 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 – wohlgermerkt! – strafbar gemacht hätte, wenn er nach den Regeln des Grenzgesetzes handelnd – wie gesagt: die Exzeßfälle klammere ich aus –, einen Republikflüchtling, wie es damals hieß, erschöß, 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 Schaeffgen 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 Staatsrechtslehrtagung von Verfassungsrechtlern vorgeschlagen worden –, indem man den Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz ändert und ausdrücklich für bestimmte Fälle von DDR-Altaten eine Rückwirkung erlaubt. Das wäre denkbar. Ich hielte das auch für einen sehr gut diskutablen Weg, weil dann nicht irgendwelche –

mit Verlaub, Herr Schaeffgen – 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 Schaeffgen einzugehen – habe ich, wenn sich nichts bessert, die Sorge, daß wir, nachdem wir jahrzehntlang 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-Altaten 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 Schaeffgen 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