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