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