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