

# Thomas Blanke

## Der »Rechtshistorikerstreit« um Amnestie:

### Politische Klugheit, moralische Richtigkeit und Gerechtigkeit bei der Aufarbeitung deutscher Vergangenheiten\*

#### *I. Der Anlaß*

Der Ausgang der Bundestagswahl vom Oktober 1994 fuhr der SPD wie ein Schock in die Parteiglieder. 20% im Osten für die PDS, die kaum gewendete Nachfolgepartei des Staatssozialismus, ließen die Alarmglocken schrillen. Links von der Mitte, im eigentlich angestammten Terrain der SPD, klumpt ein Block aus altgedienten Funktionären, Stasi-Zuträgern und DDR-Nostalgikern, der doch im hellen Licht von Freiheit und Demokratie zur Bedeutungslosigkeit hätte zusammenschmelzen sollen. Daß sich Koalitionen mit ihm für die SPD schon aus Gründen der Staatsraison verboten, machte die Sache nur schlimmer. Also galt es, über die Ursachen der nicht nur erstaunlichen Resistenz, sondern zunehmenden Stärke der Bisky- und Gysi-Partei nachzudenken. Egon Bahr<sup>1</sup> hatte die zündende Idee: Es mußte Schluß gemacht werden mit der strafrechtlichen Verfolgung der DDR-Regimekriminalität – jedenfalls insoweit, als es sich um Bagatelldelikte handelte, die kleinen Straftaten des bürokratischen Alltags: »Dann würden alle straffrei ausgehen, die keinem Menschen geschadet, kein Kapitalverbrechen begangen und kein Blut an ihren Händen kleben haben. Vor allem Tausende von Bagatellfällen wären über Nacht erledigt. Der fünfte Jahrestag der deutschen Einheit ist dafür ein guter Termin«.

Seit diesem Vorstoß vom vergangenen Oktober mehren sich abermals die Stimmen, die im Rahmen eines »Schlußgesetzes« eine Amnestie für die Täter staatlich-politischen Unrechts in der ehemaligen DDR fordern. Entbrannt ist ein veritabler »Rechtshistorikerstreit«, in dem alle mitmischen: Politiker und Journalisten, Rechts-, Politik- und Sozialwissenschaftler, amtierende und ehemalige Richterinnen und Richter bis hinauf zum Verfassungsgericht, Anwälte, Täter und Opfer.<sup>2</sup> Der Front-

\* Dieter Sterzel zum 60. Geburtstag. Für wertvolle Hinweise und argumentative Hilfe danke ich Günter Frankenberg, Monika Frommel, Annette Muhlberg, Joachim Perels, Klaus Günther, Sibylle Raasch, Hubert Rottleuthner und Dieter Sterzel.

<sup>1</sup> »Der Spiegel« Nr. 43/1994.

<sup>2</sup> Eine kleine Auswahl: Richard Schröder, Mitbegründer der SPD in der DDR und 1. Vorsitzender der SPD-Fraktion in der Volkskammer, FAZ v. 21. 3. 1995; Uwe Wesel, Rechtsprofessor, in: DIE ZEIT v. 6. 1. 1995; Marion Graf von Donhoff, Herausgeberin der ZEIT, in: DIE ZEIT v. 13. 1. 1995; Joachim Gauck, Bundesbeauftragter für die Stasi-Unterlagen in Berlin, in: DIE ZEIT v. 20. 1. 1995; Karin Schubert, Justizministerin Sachsen-Anhalt, SPD, in: TAZ v. 17. 3. 1995; Karin Schubert, Barbel Böhley, in: DER SPIEGEL v. 17. 4. 1995; Odersky, Präsident des BGH während des Jahrespressegesprächs, vgl. FAZ v. 26. 1. 1995; Richard v. Weizsäcker, ehemaliger Bundespräsident, DER SPIEGEL v. 23. 1. 1995; Rupert Scholz, Rechtsprofessor, ehem. Verteidigungsminister, derzeit Bundestagsabgeordneter, in: FAZ v. 23. 1. 1995; Ernst Gottfried Mahrenholz, ehem. Verfassungsrichter, in: FAZ v. 24. 1. 1995; Erardo Rautenberg, Leitender Oberstaatsanwalt in Neuruppin, und Hansjörg Geiger, Richter und Staatsanwalt, derzeit Direktor beim Bundesbeauftragten für die Stasi-Unterlagen in Berlin, in: FR v. 13. 4. 1995; bereits unmittelbar nach der Einigung war diese Debatte vehement – auch in dieser Zeitschrift – geführt worden: vgl. die

verlauf der Debatte ist extrem unübersichtlich. Das Rechts-Mitte-Links-Schema versagt ebenso wie die Ost-West-Optik.

Im vielfältigen Stimmengewirr um Amnestie, DDR-Schlußgesetz, Auslaufen oder Verlängerung von Verjährungsfristen bleibt zumeist dunkel, worum überhaupt gestritten wird. Daß auch Kapitalverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit amnestiert werden sollen, fordert kaum jemand. Zumeist geht es um Bagatelldelikte, kleinere und mittelschwere Straftaten wie Hausfriedensbruch und Verletzung des Briefgeheimnisses, Mitarbeit in der Stasi oder Wahlfälschung.<sup>3</sup> Nicht wenige halten allerdings eine Amnestieregelung insgesamt für überflüssig. Denn Amnestie als Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch setzt die Strafbarkeit der fraglichen Taten voraus. Vor einer nachträglichen Strafverfolgung für vergangene »Systemdelikte« aber seien die Täter durch das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG geschützt. Der Grundsatz »nullum crimen, nulla poena sine lege«, diese rechtsstaatliche »Magna Charta« des Verbrechens verbiete eine strafrechtliche Ahndung von Delikten, die nach dem zur Tatzeit geltenden DDR-Recht nicht strafbar gewesen seien. Nach dieser Auffassung bleibt praktisch die gesamte systemkonforme Regimekriminalität verfolgungsfrei – vom Spion und Denunziant, dem Richter und Folterknecht bis hin zum Mauerschützen und seinen Auftraggebern.<sup>4</sup>

Daß der juristische Streitgegenstand, die schlichte Klausurfrage: »Wie ist die Rechtslage?«, diffus gelassen wird, hat eine nützliche Funktion. Es erleichtert breite Gesinnungsdeklamationen. Im Spiegel der Auseinandersetzung mit dem DDR-Unrecht betreten die Gespenster der deutschen Vergangenheit die Bühne: Die Naziverbrechen und ihre Aufarbeitung unter dem Regime der Alliierten sowie danach in der BRD und DDR, die Kriegsverbrechen zweier Weltkriege und die politische Justiz in fünf unterschiedlichen Systemen von Kaiserreich bis heute. Heiß umstritten ist, ob die DDR als »Unrechtsstaat« oder zumindest partiell als Rechtsstaat zu gelten habe<sup>5</sup> und ob und inwiefern sie mit Nationalsozialisten vergleichbar sei.<sup>6</sup>

Wieder mal geht es um die »Entsorgung« einer deutschen Vergangenheit. Die Gelegenheit, mit ihr zugleich alle früheren zu »bereinigen«, ist verlockend: Sie wird sich so schnell nicht wieder bieten. Die Grundsätze und Prinzipien, die sich jetzt durchsetzen, besiegeln die deutsche Geschichte dieses Jahrhunderts. Was aus ihr für die Legitimität der Ahndung von Systemunrecht und die Fortbildung entsprechender Rechtsnormen zu lernen ist, entscheidet sich jetzt. Das ist der Kern des »Rechtshistorikerstreits« um Amnestie.

Beiträge von Andreas Zielcke, Herbert Jäger, Joachim Perels und Rolf Knieper in KJ H. 4/1990 S. 460 ff.; ferner Jutta Limbach, Fatalismus ist nicht gestattet, in: Recht und Politik, 1991, S. 142 ff.

<sup>3</sup> Vgl. den Bericht in der TAZ v. 7. 3. 1995. Danach haben sich die ostdeutschen Justizminister und die Berliner Justizsenatorin auf einen »Verjährungskonsens« geeinigt und gegen eine weitere Verlängerung der – bereits zweimal verlängerten – Verjährungsfristen für DDR-Unrecht ausgesprochen. Die Folge davon wäre, daß minderschwere Straftaten Ende 1995, mittelschwere Ende 1997 verjähren.

<sup>4</sup> So prononciert etwa Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 ff.; ders., Untaten des Staates – Unrecht im Staat, GA 1994, S. 1 ff.; Isensee, in: ders. (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 91 ff.; Pawlik, Das Recht im Unrechtsstaat, Rechtslehre 1994, S. 101 ff.; Pieroth, VVDStRL 51, 1992, S. 92 ff., 102 ff.; Dencker, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, KritV 1990, S. 298 ff.; Schlink, Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit, NJ 1994, S. 433 ff.

<sup>5</sup> Zu dieser Kontroverse vgl. Sandler, Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes, NJ 1991, S. 379 ff.; Schöneburg, Recht im nazifaschistischen und im »realsozialistischen« deutschen Staat – Diskontinuitäten und Kontinuitäten, NJ 1992, 49 ff.; Ingo Müller, Die DDR – ein »Unrechtsstaat«, NJ 1992, 281 ff.; nochmals Sandler, Die DDR ein Unrechtsstaat – ja oder nein?, ZRP 1993, S. 1 ff.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu den theoretisch wie empirisch aufschlußreichen Aufsatz von Rottleuthner, Deutsche Vergangenheiten verglichen, in: Grabitz/Bästlein/Tuchel (Hrsg.), Die Normalität des Verbrechens, 1994, S. 480 ff.; Limbach, Politische Justiz im Kalten Krieg, NJ 1994, S. 49 ff. Jesse, »Entnazifizierung« und »Entstasifizierung« als politisches Problem, in: Isensee (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 9 ff.

Die Rechtslage ist alles andere als einfach. Klar ist zunächst nur soviel, daß im Einigungsvertrag<sup>7</sup> eine Amnestie bewußt nicht vorgesehen wurde. Die Bundesregierung hatte die Möglichkeit einer Amnestieregelung angesprochen, ihr Delegationsleiter bei den Vertragsverhandlungen, der Bundesminister des Inneren, *Wolfgang Schäuble*, war für eine Amnestie eingetreten. Der Widerstand dagegen, so wird berichtet, kam von den Teilnehmern der DDR-Delegation.<sup>8</sup> Durch eine Gesetzesinitiative vom August 1990 zur Straffreiheit bei Straftaten des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik (Spione- und Stasi-Amnestie)<sup>9</sup> machte die Bundesregierung noch den Versuch, die parlamentarischen Beratungen des Einigungsvertrages vom September 1990 mit einer Teilamnestie zu verbinden. In der Debatte stieß die Einseitigkeit der Vorlage auf Kritik, angeregt wurde eine »große Amnestie«.<sup>10</sup> In die gleiche Richtung ging die Stellungnahme des Deutschen Bundesrates.<sup>11</sup> Bei den Plenumsberatungen zum Einigungsvertrag in 2. und 3. Lesung am 20. 9. 1990 stand die Amnestievorlage nicht mehr auf der Tagesordnung. Sie war an die Ausschüsse verwiesen worden und versandete mit Ablauf der Legislaturperiode.<sup>12</sup>

Dem Entwurf eines Spionageamnestiegesetzes der Gruppe PDS/Linke Liste vom Dezember 1993<sup>13</sup> war noch weniger Erfolg beschieden: Er wurde im 12. Deutschen Bundestag gar nicht erst verhandelt.

Ergebnis der durch den Einigungsvertrag geschaffenen Rechtslage ist, daß das DDR-Unrecht strafrechtlich geahndet werden soll – und zwar mit rechtsstaatlichen Mitteln.<sup>14</sup> Die Maßstäbe der Rechtsstaatlichkeit sind dabei dem Recht der Bundesrepublik zu entnehmen, da gem. Art. 8 des Einigungsvertrages das Recht der DDR durch das der Bundesrepublik abgelöst wurde, soweit nicht ausdrücklich die Weitergeltung von Bestimmungen des DDR-Rechts angeordnet worden war.<sup>15</sup> Um etwaige verfassungsrechtliche Kollisionen auszuschließen, wurde in Art. 143 Abs. 1 GG bestimmt, daß weitergeltendes DDR-Recht »längsten bis zum 31. 12. 1992 von Bestimmungen dieses Grundgesetzes abweichen (kann), soweit und solange infolge der unterschiedlichen Verhältnisse die völlige Anpassung an die grundgesetzliche Ordnung noch nicht erreicht werden kann.«<sup>16</sup>

Verfassungsrechtliche *sedes materiae* für die strafrechtliche Würdigung von DDR-Straftaten ist daher das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, wonach nur solche Handlungen strafbar sein können, die es auch nach den zur Tatzeit geltenden

7 BGBl. 1990 II, 885.

8 Schätzler, Die versäumte Amnestie, NJ 1995, S. 57.

9 BT-Drs. 11/7871.

10 So für die SPD-Opposition Hertha Däubler-Gmelin, BT-Prot. 11/222 v. 5. 9. 1990, S. 17499, 17537 f.; ähnlich der FDP-Abgeordnete Otto Graf Lambsdorff und sein Fraktionskollege Burkhard Hirsch, ebd. S. 17511 und S. 17542.

11 Zugeleitet am 13. 9. 1990, BT-Drs. 11/7871, S. 8 f.

12 Schätzler (Fn. 8) S. 58.

13 BT-Drucks. 12/6370 v. 7. 12. 1993.

14 Die Ahndung von Straftaten, die vor dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland von Bürgern der ehemaligen DDR auf deren Territorium begangen worden sind, richtet sich nach Art. 315 Abs. 1 EGGStGB i. d. F. des Einigungsvertrages i. Vb. mit § 2 StGB. Danach kommt eine Verurteilung nur dann in Betracht, wenn die Tat nicht nur nach dem Recht der DDR, sondern auch nach dem der Bundesrepublik mit Strafe bedroht ist.

15 Das bekannteste Beispiel auf strafrechtlichem Gebiet bildete die temporäre Weitergeltung der Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs. Aber dies war nicht die einzige Ausnahme, vgl. im Detail Grünwald, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, Strafverteidiger 1991, S. 31 ff., 32 f.

16 Vorausgesetzt ist nach Art. 143 Abs. 1 S. 2 GG allerdings, daß das weitergeltende Recht nicht gegen die fundamentalen rechtsstaatlichen Grundsätze des Art. 19 Abs. 4, 79 Abs. 3 GG verstößt.

Gesetzen waren. Soweit besteht im Prinzip unter Juristen Einigkeit. Damit hat es aber auch bereits sein Bewenden. Welche Gesetze galten zur Tatzeit auf dem Gebiet der DDR? Waren dies allein die Strafgesetze der DDR oder galt nicht auch, zumindest teilweise, bundesdeutsches Strafrecht? Das (bundes)deutsche Strafrecht beansprucht Geltung keineswegs nur, wie in § 3 StGB formuliert, für Taten, die im Inland begangen wurden. Es stellt vielmehr in § 5 StGB auch »Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter« (hier einschlägig: § 5 Nr. 4: Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit gem. §§ 94 bis 100a StGB; § 5 Nr. 6: politische Verdächtigung gem. § 241 a StGB, wenn sich die Tat gegen einen Deutschen richtet, der im Inland einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat<sup>17</sup>) unter Strafe. Gleiches gilt nach § 7 StGB auch für Taten, »die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt«. Zwar hat sich seit dem Grundlagenvertrag auch in der Rechtsprechung des BGH<sup>18</sup> die Auffassung durchgesetzt, daß die DDR i. S. von § 3 StGB als Ausland anzusehen sei. Dies gelte jedoch nicht für den Tatbestand der politischen Verdächtigung nach § 5 Nr. 6 StGB – der Begriff Inland sei hier entsprechend den gesetzgeberischen Zielen so auszulegen, daß er auch DDR-Bürger schütze.<sup>19</sup> In nicht wenigen Bereichen gerade politischer Delikte konkurriert daher der Geltungsanspruch des Strafrechts der alten BRD mit demjenigen der ehemaligen DDR. Die Strafverfolgung von DDR-Spionen hat soeben aufgrund eines Vorlagebeschlusses des Kammergerichts Berlin das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, sofern diese ausschließlich vom Boden der DDR aus gegen die BRD spioniert haben.<sup>20</sup>

Abgesehen von diesen Kollisionsfragen, die bereits für hinreichend Streitstoff sorgen, bleibt zu klären, wie die Strafbarkeit nach DDR-Gesetzen zu beurteilen ist: Gelten diese in der Auslegung, die sie in der herrschenden politisch determinierten Sprechpraxis der DDR gefunden haben, oder ist an deren Stelle eine – an bundesdeutschen Maßstäbe gemessen – rechtsstaatlich korrekte Interpretation zu setzen? Gilt das DDR Recht mit anderen Worten in der Form, in der es rechtstatsächlich Geltung besaß, oder sind die bundesdeutschen Strafgerichte ermächtigt und gehalten, es nunmehr so auszulegen, wie es einer unabhängigen, an rechtsstaatliche Grundsätze gebundenen Justiz geziemt?

Die grundsätzliche Entscheidung des Einigungsvertrages für eine rückwärtsgerichtete strafrechtliche Ahndung von DDR-Straftaten kommt insbesondere in seinen Regelungen zu § 315 a EGStGB zum Ausdruck. Nach S. 2 dieser Vorschrift gilt die Verfolgungsverjährung als am Tage des Wirksamwerdens des Beitritts unterbrochen mit der Folge, daß die Verjährung ab dem 2. 10. 1990 von neuem begonnen hat. Die Neubeginnende Verjährungsfrist betrug demnach gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 und 5 StGB »fünf Jahre bei Taten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind« und drei Jahre bei den mit geringeren Strafen bedrohten Taten. Damit war klar, daß die Verjährungsfrist für Vergehen am 2. 10. 1993, die nächst längere Frist für mit minder schwerer Strafe bedrohte Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) am 2. 10. 1995 enden würde.

17 Diese Norm ist 1951 in das StGB eingefügt worden und bedroht diejenigen mit Strafe, der einen anderen durch eine Anzeige, Verdächtigungen oder Mitteilung der Gefahr aussetzt, aus politischen Gründen verfolgt zu werden und hierbei im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen durch Gewalt oder Willkürmaßnahmen Schaden an Leib, Leben oder Freiheit zu erleiden oder in seiner beruflichen oder wirtschaftlichen Stellung empfindlich beeinträchtigt zu werden.

18 BGH St 30, 1 ff.

19 Ebd.; zur Kritik vgl. Grunwald (Fn. 15) S. 34 mit weiteren Beispielen der Erstreckung bundesdeutschen Strafrechts auf das Gebiet der ehemaligen DDR.

20 Beschluß v. 15. 5. 95, EuGRZ 1995, S. 203 ff. Vgl. hierzu Posser, Plädoyer für eine begrenzte Amnestie, in: Die Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte H. 5 1995, S. 404 ff., 406.



Doch dabei blieb es nicht. Zwei unscheinbare, kurze Artikelgesetze, die beiden Verjährungsgesetze vom 26. 3. 1993<sup>21</sup> und vom 27. 9. 1993<sup>22</sup>, prägten die heutige Rechtslage. Mit dem 2. Verjährungsgesetz wurden die Fristen verlängert: Vergehen verjähren nunmehr frühestens mit Ablauf des 31. 12. 1995, die an sich fünfjährige Verjährungsfrist für schwerere Delikte endet frühestens mit Ablauf des 31. 12. 1997. Ferner wurde bestimmt, daß Verbrechen, den den Tatbestand des Mordes erfüllen, für welche sich die Strafe jedoch nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik bestimmt, nicht verjähren (Art. 1, Ergänzung des Art. 315 a EGStGB um die Abs. 2 und 3).<sup>23</sup>

Das ist in groben Zügen die derzeitige Rechtslage. Genauer gesagt: Es sind die gesetzlichen Eckpunkte, um die sich der Streit über die Rechtslage dreht. Juristischer Auslöser der Amnestiedebatte ist der Ende diesen Jahres wiederum bevorstehende Ablauf der Verjährungsfrist für Vergehen. Politik und Recht verfügen in dieser Situation über unterschiedliche Handlungsoptionen: Der Erlass eines weiteren Verjährungsgesetzes mit erneuter Verlängerung der Verjährungsfristen ist eine, allerdings gänzlich unwahrscheinliche Option. Eine andere ist es, es bei der bestehenden Gesetzeslage zu belassen. Dann erlischt am 31. 12. 1995 die Verfolgbarkeit der geringfügigeren Straftaten (Vergehen), soweit keine Verjährungsunterbrechung nach § 78 c StGB erfolgt ist, während gravierendere Taten weiter verfolgt werden. Ein Amnestiegesetz für »einschlägige« politische Delikte wie etwa Wahlfälschung, Verletzung des Briefgeheimnisses durch Amsträger, Rechtsbeugung, politische Verdächtigung, Aussageerpressung etc. erfaßte nicht nur die Ende des Jahres verjährenden »Bagatellstraftaten«, sondern ginge weit darüber hinaus. Amnestiert würden damit auch Taten, die mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bedroht sind (Rechtsbeugung gem. § 336 StGB, politische Verdächtigung nach § 241 a StGB), deren Verjährung nach dem 2. Verjährungsgesetz frühestens Ende 1997 endet, und sogar Delikte, die – wie etwa Aussageerpressung gem. § 343 StGB – mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren bedroht sind. Wie der Kreis der zu amnestierenden Delikte indes genau gezogen werden sollte, ist kaum einem der vielfältigen Debattenbeiträge zu entnehmen.<sup>24</sup> Wer, wie

21 BGBl. I S. 392. Dieses Gesetz regelt, daß bei der Berechnung von SED-Unrechtstaten, »die während der Herrschaft des SED-Unrechtsregimes begangen wurden, aber entsprechend dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen der Staats- und Parteiführung der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik aus politischen oder sonst mit wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbaren Gründen nicht geahndet worden sind«, die Zeit vom 11. 10. 1949 bis 2. 10. 1990 außer Ansatz bleibt. In dieser Zeit hat die Verjährung geruht (Art. 1). In Art. 2 wird § 315 a EGStGB dahingehend geändert, daß nach S. 1 folgender S. 2 eingefügt wird: »Dies gilt auch, soweit für die Tat vor dem Wirksamwerden des Beitritts auch das Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland gegolten hat« (Art. 2). Damit werden auch die sog. »Mischfälle« einer zweifachen, nämlich zusätzlich bundesdeutschen, Strafrechtsgeltung von der Verjährung für diesen Zeitraum ausgenommen.

22 BGBl. I S. 1657.

23 Für diese »schweren Delikte« wurde eine besonders kuriose Regelung getroffen: Danach bezieht sich die Verjährungsregelung auf »Taten, die vor Ablauf des 31. 12. 1992 in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet begangen worden sind« – Im Unterschied zu den in drei Jahren verjährenden Vergehen wurde also nicht die Verjährungsfrist verlängert, sondern der Beginn der Laufzeit der Verjährungsfrist um über 2 Jahre vom 2. 10. 1990 bis zum 31. 12. 1992 später datiert. Damit sollten zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen werden. Die Verlängerung der Verjährungsfrist für SED-Unrechtstaten und für Delikte in Zusammenhang mit der grassierenden »Vereinigungskriminalität«. Das Verhältnis der beiden Verjährungsgesetze zueinander ist dadurch allerdings vollends verunklart worden, vgl. Lemke, Das 2. Verjährungsgesetz, NJ 1993, S. 530 ff.; vgl. hierzu etwa den Beschluß des OLG Naumburg, NJ 1993, S. 424 f.

24 Eine rühmliche Ausnahme stellt der Beitrag von Posser (Fn. 20) dar. Er schlägt vor, »als Ansatzpunkt« an das Straffreiheitsgesetz vom 17. 7. 1954 anzuknüpfen, das »die durch Kriegs- oder Nachkriegsereignisse geschaffenen außergewöhnlichen Ereignisse bereinigen wollte« und von der Straffreiheit z. B. Mord, Totschlag, Hochverrat, Landesverrat, Staatsgefährdung, Fahrerflucht, Verschleppung, Raub ausschloß. Die Strafjustiz nutzte eine Sonderregelung des Gesetzes – Straffreiheit für Taten (auch für Totschlag) zwischen dem 1. 10. 1944 und dem 31. 7. 1945, wenn keine schwerere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren rechtskräftig verhängt oder zu erwarten ist – teilweise zu skandalösen Urteilen. So wurde etwa im

Egon Bahr, diejenigen erfassen will, die »kein Kapitalverbrechen begangen und kein Blut an ihren Händen kleben haben«, scheint für eine großzügige Amnestie zu plädieren. Das im gleichen Atemzug genannte Kriterium, diejenigen würden straffrei gestellt, die »keinem Menschen geschadet« haben, wird kaum jemand begnadigen können. Schließlich bliebe die Möglichkeit, daß sich – etwa in Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – die Auffassung durchsetzt, wonach im Hinblick auf das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG eine Strafbarkeit spezifisch politischer Systemdelikte aus DDR-Zeiten, die nach damaligem Recht und damaliger Rechtsauslegung formal-legal waren, weder durch Rückgriff auf die viel diskutierte »Radbruchsche Formel«<sup>25</sup> noch durch nachträgliche rechtsstaatskonforme Auslegung einschlägiger DDR-Gesetze begründet werden könne,<sup>26</sup> sondern generell verfassungswidrig sei.

Welche der aufgezeigten Optionen sich politisch und/oder juristisch durchsetzen wird, ist derzeit schwerlich abzusehen. Angesichts der Zerklüftung der Debatte, des erbitterten Widerstands, mit dem jede »große Lösung« zu rechnen hätte, und der prekären Problematik überzeugender Grenzziehungen bei einer Amnestie spricht vieles dafür, daß es bei der bisherigen Praxis und gegebenen Rechtslage – Zuständigkeit der Strafgerichte, Ablauf der Verjährungsfristen – bleibt. Dies wäre, so scheint mir, gewiß eine problematische, aber nicht die schlechteste Alternative. Also »viel Lärm um nichts«, der es ratsam erscheinen ließe, den Streit auf sich beruhen zu lassen und zur Tagesordnung überzugehen?

Jahr 1956 das Verfahren gegen einen Major der Feldgendarmerie, der Wochen nach der Kapitulation drei Soldaten als »Fahnenfluchtige« ohne Gerichtsverfahren durch Genickschuß hatte töten lassen, auf Kosten der Staatskasse eingestellt, weil die Strafhöhe – drei Jahre Gefängnis – genau in das Amnestiegesetz paßte, vgl. Posser (Fn. 20), S. 407.

25 Im Kontext lautet diese wie folgt: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine scharfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung des positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Setzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen«, Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1956, 105 ff.; vgl. hierzu Frommel, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Festschrift für A. Kaufmann, 1993, S. 81 ff.; Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, S. 81 ff.

26 Der BGH vertritt – in modifizierter Version – beide Positionen, vgl. das »Mauerschützen«-Urteil v. 3. 11. 1992, NJW 1993, S. 141, 148 und zuletzt Urteil v. 6. 10. 1994, NJW 1995, S. 64 ff. zur Rechtsbeugung durch DDR-Richter und Staatsanwälte. Gesetzlichem Unrecht versagt er wegen Verstoßes gegen »überpositives Recht« Rechtswirksamkeit mit folgender Begründung: »Gesetzliche Bestimmungen, die den »Kernbereich des Rechts« verletzen, der bestimmte als unantastbar anzusehende Grundsätze menschlichen Verhaltens umfaßt, die sich bei allen Kulturvölkern im Laufe der Zeit herausgebildet (BGHSt 2, 234, (237)) und in neuerer Zeit in völkerrechtlichen Konventionen und Abkommen, wie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 (IPBPR) ihren Niederschlag gefunden haben, können von vornherein keine rechtliche Wirkungskraft entfalten«, NJW 1995, S. 65. Allerdings gilt dies nach Auffassung des BGH nur für solche Gesetze, »die offensichtlich in schwerwiegender Weise gegen Menschenrechte verstoßen, etwa Völkermord oder Folter für zulässig erklären« (ebd.). So ist etwa die Ausreisefreiheit in den genannten Konventionen und Abkommen als Menschenrecht anerkannt, das im Kern nicht angetastet werden darf. Zwar entsprach »die einengende Handhabung dieses Rechts durch die Gesetze und die Behörden der DDR ... nicht dem Geist jener auch von der DDR anerkannten völkerrechtlichen Abkommen«. Deshalb seien sie aber nicht schon als unwirksam anzusehen. Denn die Geltungskraft und Reichweite von Strafvorschriften der DDR dürfe nicht an den Maßstab eines freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates gemessen werden. Gerichtliche Entscheidungen in der DDR, die diese Gesetze anwendeten, seien daher nicht als Rechtsbeugung anzusehen: Dies »widersprache dem Rückwirkungs-

Im Gegenteil. Die Auseinandersetzung über den angemessenen Umgang mit staatlichem Unrecht in der früheren DDR verdient auch unabhängig von ihrem praktischen Ergebnis Aufmerksamkeit, weil sie das fundamentale Verhältnis von Recht und Politik betrifft und auf dieser Grundlage die Geschichte Deutschlands in diesem Jahrhundert erneut durchmustert. Eine gleichermaßen politisch kluge, juristisch gerechte und moralisch richtige Antwort in der Bearbeitung vergangenen Systemunrechts wird sich kaum finden lassen. Denn jedes der involvierten Bezugssysteme – Politik, Recht und Moral – stößt in dieser Frage an die Grenzen seiner eigenen Handlungslogiken und Rationalitätsprinzipien. Aus der Sicht jedes dieser Systeme erscheint es naheliegend, die strafrechtliche Ahndung von politischer Kriminalität in der früheren DDR abzulehnen: Der Strafanspruch des Staates wird überdehnt, wenn er sich auf Auslandsstraftaten erstreckt. Das Rückwirkungsverbot zwingt gerade ein Rechtssystem, das sich als rechtsstaatlich begreift, Unrechtsstaten in Unrechtsstaaten an deren eigener rechtlicher Elle zu messen. Und moralische Ansprüche zielen auf den Ausgleich erlittener Verletzungen: Auf Anerkennung zugefügten Unrechts als Unrecht, Wiederherstellung symbolischer Anerkennungsverhältnisse und Entschädigung für Verletzungen und Benachteiligungen. Das Resultat, nämlich die Strafflosigkeit von Staatsverbrechen, erscheint nicht nur mir als hochgradig unbefriedigend – es widerstrebt offensichtlich verbreiteten politischen, rechtlichen wie moralischen Wertvorstellungen.

Jedes der sozialen Handlungssysteme, die für die Bearbeitung staatlichen Unrechts vergangener politischer Systeme zuständig sein könnten, errichtet immanente Schranken, die sich gegen ein solches Unternehmen sperren. Die ratio dieser Selbstbeschränkungen ist denn auch vermutlich das entscheidende Problem der Debatte um die strafrechtliche Bearbeitung des DDR-Unrechts. Bevor ich diese Thematik aufgreife, sollen im Folgenden zunächst die zentralen Argumente versammelt werden, die für einen Verzicht auf Ermittlungs- und Strafverfahren – d. h. gegenwärtig: für eine Generalamnestie – sprechen und diese scheinbar als schlichtes Gebot der politischen Klugheit erscheinen lassen. Sodann versuche ich gegen die – wie mir scheint – vordergründige Evidenz dieser Position Einwände zu formulieren, die dagegen sprechen, die Täter strafrechtlich unbehelligt zu lassen.

verbot des Art. 103 Abs. 2 GG« (S. 66). Das Rückwirkungsverbot hindert nach Auffassung des BGH, jedenfalls im Prinzip, auch nicht die nachträgliche Korrektur der menschenrechtswidrigen Auslegung und Anwendung geschriebenen DDR-Rechts. »Es ist keine Willkür«, so heißt es in dem Mauerschützen-Urteil v. 3. 11. 1992, »wenn der Angeklagte, was die Rechtswidrigkeit seines Tuns angeht, so beurteilt wird, wie er bei richtiger Auslegung des DDR-Rechts schon zur Tatzeit hätte behandelt werden müssen«, BGH NJW 1993, 148. Für Richter und Staatsanwälte freilich werden die Maßstäbe, was die Annahme der Rechtsbeugung angeht, höher gehängt. Dabei wiederholt sich das Wechselspiel von starker Ausgangsthese und schwacher Durchführung: »Die Maßstäbe für die Grenzen zulässiger Auslegung von Strafgesetzen unterscheiden sich für die Rechtsanwendung in der DDR nicht grundsätzlich von denen der Bundesrepublik Deutschland ... Sind somit für die Auslegungsmethoden als solche keine Besonderheiten für die DDR anzuerkennen, so ist aber bei der wertenden Subsumtion des Sachverhalts unter einen Straftatbestand zu berücksichtigen, daß Richter und Staatsanwälte in der DDR in ein anderes Rechtssystem eingegliedert waren, dessen Wertvorstellungen sie verhafter waren. Solche Wertvorstellungen ... dürfen nicht außer acht gelassen werden, sofern sie überpositivem Recht nicht widersprechen« (S. 66).

## A. Die Unangemessenheit des Strafrechts bei »Systemdelikten«

Die strafrechtliche Aufarbeitung verfehlt, so wird von ihren Gegnern vorgetragen,<sup>27</sup> systematisch ihr Ziel, denn die noch am ehesten einer funktional-rationalen Rechtfertigung zugänglichen Strafzwecke der Individual- und Generalprävention laufen ins Leere. *Honecker, Tisch, Krenz* und *Mielke* werden weder persönlich jemals wieder über das Heer eines Spitzel- und Unterdrückungsapparats gebieten noch Todes schützen an einer innerdeutschen Grenze kommandieren, noch ist absehbar, daß je andere dies tun werden. Eine Verurteilung der Verantwortlichen für das Unrecht untergegangener Systeme ist eigentümlich adressatenlos. Den Tätern wird es nicht zur praktischen, sondern bestenfalls zur moralischen Lehre gereichen. Nachahmer sind nicht in Sicht: Denn Geschichte wiederholt sich nicht.

Staats- oder »Systemunrecht« läßt sich nur in seltenen Ausnahmefällen rückwirkend personell zurechnen und in individuell zu verantwortende Tatbeiträge zerlegen.<sup>28</sup> Die strafrechtlichen Kategorien wie die normwidrige Handlung, Kausalität, Rechtswidrigkeit, Vorsatz und Schuld greifen bei Staatsdelikten typischerweise daneben. *Täter und Handlung*: Wer ist, wenn es sich um systemisches, in den Strukturen eines Gesellschaftssystems und seiner staatlichen Herrschaftsapparatur verankertes Unrecht handelt, verantwortlicher »Täter«, und wer ist bloß Marionette, »Charaktermaske« oder einflußloser Repräsentant? Anhand welcher Kriterien ließe sich diese Differenz plausibel aufklären, ohne erneut den Skandal zu wiederholen, wonach man die vom Tatort weit entfernten Schreibtischtäter exkulpiert und sich an den Schergen schadlos hält? *Rechtswidrigkeit*: Welcher strafrechtliche Maßstab ist anzulegen, der des vergangenen oder des richtenden Systems, überzeitliches Naturrecht i. S. normrationaler zivilisatorischer Mindeststandards, geschriebenes internationales Völker- und Menschenrecht? *Kausalität*: Welche Folgen sind einer Handlung im Netzwerk einer Regierungsorganisation zuzurechnen, welche nicht? *Vorsatz und Schuld*: Genügt es, daß der politische »Systemtäter« die negativen Folgen seiner Handlungen kannte und bloß funktioniert hat als Rädchen im Unrechtsgetriebe, daß er nicht opponiert hat, oder muß er sich in besonderer Weise mit »dem Bösen« identifiziert haben und das Tatunrecht gar als eigenes gewollt haben?

Die Selektivität dieser strafrechtlichen Zurechnungskriterien hat typischerweise zur Folge, daß sich die tatsächliche politische Verantwortung im Spiegel der strafrechtlichen Aufarbeitung auf groteske Weise umkehrt: Die Kleinen werden gehenkt, und die Großen läßt man laufen. Die Mauerschützen müssen sich wegen Mord und Totschlag verantworten, die furchtbaren Juristen, die Organisatoren des allgegenwärtigen Spitzelapparats und die Verantwortlichen für Mauer und Todesstreifen sind schwer zu greifen. Die vergleichsweise geringe, zur Bewährung ausgesetzte Bestrafung prominenter Regimevertreter wegen der in kommunistischen Staaten gängigen Wahlfälschung oder persönlicher Bereicherung im Amt trivialisiert das systemische Unrecht auf das Niveau allseits bekannter Praktiken der Machterhaltung und allfälliger Kor-

<sup>27</sup> Anregungen zu den im Folgenden versammelten Argumenten geben insbesondere die Arbeiten von C. Offe, *Der Tunnel am Ende des Lichts*, 1994, S. 187 ff.; Jakobs (Fn. 4); v. Münch, *Rechtsstaat versus Gerechtigkeit*, *Der Staat* 1994, S. 165 ff.; Quaritsch, *Theorie der Vergangenheitsbewältigung*, *Der Staat* 1992, 519 ff.; Rottleuthner (Fn. 6); Schlink (Fn. 4).

<sup>28</sup> Dencker, *KritV* 1990, S. 299 ff., 301, spricht insoweit – bezogen auf die strafrechtliche Verfolgung von NS-Verbrechen durch die bundesdeutsche Justiz – von einer »im Prinzip unlösbare(n) Aufgabe: Die auf das individuelle Versagen und Verbrechen zugeschnittenen Regeln des StGB sollten so angewendet werden, daß sie einerseits das geschichtliche Novum der pervertierten Staatsordnung erfassen, andererseits den ›Schuld-‹Anteil der angeklagten Individuen ›gerecht‹ zumessen lassen konnten«.

ruption, vor deren Verfolgung die Mächtigen hier wie anderswo nur das Schweigekartell der Begünstigten und das Steuer-, Bank- und Datengeheimnis schützt.

Durch diese Art der Auseinandersetzung mit der Vergangenheit wird niemandem und nichts gedient: Die objektive Verharmlosung des den Opfern zugefügten Unrechts durch solche Banalisierung verhöhnt sie nur abermals und bestätigt die Ressentiments sowohl derjenigen, die ohnehin davon ausgehen, daß die Funktionsebenen beider Länder zu altneuer Kumpanei zusammenfinden werden, als auch derjenigen, die in der strafrechtlichen Verfolgung nur eine Inszenierung politischer Siegerjustiz zur nochmaligen moralischen Demütigung der ohnehin von der Geschichte benachteiligten DDR-Bevölkerung sehen.

Strafprozessuale Vergangenheitsbewältigung verfehlt auch noch in anderer Hinsicht das Ziel der Gerechtigkeit. Sie steht unter Zeit- und Handlungsdruck und ist von einer Fülle von Randbedingungen abhängig, die kein Gericht der Welt kontrollieren kann. Ihre Ergebnisse sind weithin so zufällig wie das Auffinden von Akten oder von Erinnerungsfähigen Zeugen: Täter, die es anders verdient hätten, kommen ungeschoren davon, Mitläufer werden hart herangenommen. Ausdruck davon ist das gigantische Mißverhältnis zwischen der Fülle der Ermittlungsverfahren und den vergleichsweise wenigen Fällen, in denen es zur Anklage und Durchführung der Hauptverhandlung kommt. Und selbst dann ist nicht gesichert, daß – wie im Verfahren gegen *Honecker* – sogar Hauptrepräsentanten des Unrechtsregimes noch straflos davonkommen.

### *B. Die Unangemessenheit des Strafrechts zur Aufarbeitung der Vergangenheit*

Der finanzielle und personelle Aufwand der Strafverfolgung steht in keinem Verhältnis zum Ertrag und sollte für angemessenere Formen der Wiedergutmachung, der Entschädigung der Opfer und der wissenschaftlichen wie moralischen Verarbeitung des Vergangenen genutzt werden.

Strafprozesse sind ein denkbar schlechtes Instrument zur Aufarbeitung der Vergangenheit. Die personalisierend-individualisierende Logik des Strafrechts zerreißt komplexe historische Zusammenhänge, reduziert Strukturen auf Biographien und Handlungen und gibt so ein nur ausschnitthaftes, notwendig verzerrtes Bild der geschichtlichen Realität. Auch die strafprozessualen Zwangsbefugnisse bei der polizeilichen und gerichtlichen Wahrheitssuche, die dem Historiker nicht zu Gebote stehen, sind mindestens ambivalente Vorteile bei der Wahrheitsermittlung: Wo Zeugen zu Beschuldigten zu werden drohen, versiegt ihre Aussagebereitschaft nicht nur im Gerichtssaal. Wo sie zu Kronzeugen werden, entwertet der Preis, der auf die Preisgabe ihres Wissens ausgesetzt ist, den Wahrheitsgehalt ihrer Aussagen.

Der Versuch, die Erinnerung an das Unrecht durch Strafverfahren im öffentlichen Bewußtsein zu halten und einer reflexiven Bearbeitung zuzuführen, ist von den konterkarierten Effekten der Abstumpfung und nachträglichen Solidarisierung bedroht. Dies umso mehr, je weniger die den Verfahren zugemessene Funktion einer raschen und zuverlässigen, schuldangemessenen Bestrafung erreicht werden kann. Damit aber mißlingt beides: Sowohl das »Richten« des Unrechts wie die sozialpsychologische Fundierung des Neuanfangs in einem Gnadenakt des Verzeihens, welcher die fortwährende Abfolge von Schuld und Sühne, Sühne und Schuld unterbricht und die Entstehung und Stabilisierung gemeinsam geteilter Werte begünstigt.

Strafprozesse delegieren die Aufarbeitung des Unrechts an einen spezialisierten Berufsstand. Konfrontation mit der Vergangenheit wird zur gesellschaftlich arbeitsteiligen Spezialistenangelegenheit. Damit werden Staat, Institutionen und Öffentlichkeit der richtenden Gesellschaft davon entlastet, ihre eigenen Funktionsmechanismen im Spiegel des vergangenen Unrechts zu erkennen. Sie immunisieren sich auf diese Weise gegenüber den möglichen Lernprozessen, in deren Namen doch allein die »Gerichtsprozesse als Geschichtsprozesse« legitimierbar sind.

Was für das gemeine Strafrecht der Kriminalitätsbekämpfung gilt, gilt erst recht für das politische Strafrecht: Je weniger von ihm Gebrauch gemacht wird, umso geringer sind die gesellschaftlichen Kosten und Folgekosten – die fiskalischen, sozialen wie symbolischen. Statt vergangenes, strukturell unwiederholbares Systemunrecht strafrechtlich sühnen zu wollen, sollten Alternativen zum Strafrecht praktiziert werden: Öffentliche Tribunale, Skandalisierungen und Debatten, die die strukturellen Wurzeln moralischer Korruptierbarkeit und Opportunismus in allen Gesellschaftssystemen thematisieren und an einer normativ fundierten, institutionell-organisatorisch erneuerten Kultur arbeiten, die zu solchem Verhalten nicht nötigt, sondern es dadurch überflüssig macht, daß es jedenfalls nicht honoriert wird.

Und schließlich spricht die besondere deutsche Situation gegen die strafrechtliche Verfolgung von politischem DDR-Unrecht: Wodurch ist die bundesdeutsche Justiz – na gerade die, um mit *Wolf Biermann* zu sprechen, wenn man an die Aufarbeitung von NS-Verbrechen denkt – legitimiert, die politisch Verantwortlichen der ehemaligen DDR gerichtlich zu belangen? Resultiert dies nicht immer noch aus der weit über ihre faktischen Grenzen ausgreifenden staatlichen Hoheitsanmaßung der alten BRD, Recht für das gesamte deutsche Volk, in welchem Staat auch immer es lebt, sprechen zu können? Wie können sich die deutsch-deutschen Strafverfahren glaubwürdig dem Geruch der Siegerjustiz und der politischen Schauprozesse entziehen? Waren es nicht die oppositionellen DDR-Bürgerinnen und Bürger selbst, die ihre politische Diktatur zum Einsturz brachten – und wäre es nicht folglich an ihnen, den Opfern und denen, die ihnen nahestanden, über das ob und wie einer strafrechtlichen Aburteilung zu befinden?

#### *IV. Argumente für eine strafrechtliche Verfolgung von Staatsunrecht*

Auffällig ist zunächst, daß diese in der Debatte um Amnestie vielfältig variierten Argumente eher Gründe sind, die überhaupt gegen eine Anwendung des Strafrechts zur historisch-politischen, ethisch-moralischen Auseinandersetzung mit vergangene Systemunrecht sprechen, als solche, die die Forderung nach einer Amnestie begründen: Denn diese setzt die grundsätzliche Strafbarkeit der fraglichen Handlungen ja voraus. Kein Zweifel besteht zudem darüber, daß bessere, adäquatere Instrumentarien der Entschädigung der Opfer, der diskursiven öffentlichen Auseinandersetzung mit staatlich organisiertem und legitimiertem Unrecht und der historisch-kritischen Erforschung der vergangenen gesellschaftlichen Realität zur Verfügung stehen als solche des Strafrechts. Auch ist das Spektrum staatlicher Sanktionspotentiale und Wiedergutmachungsmöglichkeiten erheblich weiter gefächert als der auf das Strafrecht verengte Blick wahrnimmt: Es reicht von direkten und indirekten Diskriminierungen (Weitergabe von Stasi-Unterlagen und auf sie gestützten Dossiers), beruflichen Nachteilen (Warteschleife, Kündigung, Berufsverbote) bis hin zu zivilrechtlichen Ersatzverpflichtungen.



Aber das Strafrecht soll diese auch ansonsten gebräuchlichen sozialen Handlungsmöglichkeiten keineswegs ersetzen. Die Frage ist umgekehrt, ob der Einsatz des Strafrechts – und offenbar allein dieses Instrumentariums – derart fehlgeht, daß auf ihn verzichtet werden sollte. Hier lassen sich, Punkt für Punkt, gegen jedes der vorgetragenen Argumente gewichtige Gegenargumente anführen.

### *A. Politische Systemdelikte und Generalprävention*

Die behauptete Funktionslosigkeit des Strafzwecks der Generalprävention bei vergangenem politischen Systemunrecht begreift jede Form staatlicher Herrschaft als ein in sich geschlossenes Universum. Mit dem Untergang des politischen Systems seien auch die zugehörigen Unrechtsnormen zerstoßen, es müsse nicht weiterhin demonstriert werden, daß sie nicht anerkennungswürdig seien. Diese Annahme ist in mehrfacher Hinsicht fraglich.

Auch politische Systeme lassen sich als »lernfähige« Einheiten verstehen, die die Erfahrungen des Scheiterns anderer Herrschaftssysteme verarbeiten und zu internen Umstrukturierungen nutzen können. Hierbei spielen seit dem ausgehenden Mittelalter gerade der Umbau der Legitimitätsgrundlage des Rechts und die Legalisierung politischer Opposition eine zentrale Rolle. Daß dies freilich keine Garantie gegen stets erneute Versuche, politische Macht mit extralegalen Mitteln zu stabilisieren, darstellt, ist evident. Nicht einmal der Rückfall in die Barbarei konnte so verhindert werden. Aber darum geht es nicht. Der Satz »ultra vires nemo obligatur« gilt auch für das Rechtssystem selbst. Man kann von ihm nicht mehr verlangen, als es leisten kann. Sowenig zu erwarten ist, daß Strafnormen Straftaten verhindern, sowenig dürften sich künftige Staatsverbrecher vom Mißbrauch der Macht durch die (zudem stets vage) Aussicht auf Strafe abschrecken lassen. Generalprävention meint, daß eine Gesellschaft Prämien auf normkonformes Verhalten aussetzt. Nicht gemeint ist dagegen, daß das Strafrecht prinzipiell fehlgeht, wo sich der Zusammenhang von potentieller Sanktion und Normbefolgung nicht im Einzelfall empirisch bestätigen läßt. Sonst müßten wir konsequent auf die Mord- und Tötungsparagraphen, wahrscheinlich auf den Großteil des Strafrechts insgesamt, verzichten. Denn im Einzelfall hat die Strafdrohung versagt.

Auch politische Systeme sind keineswegs gehindert, wechselseitig Prämien auf normkonformes Verhalten auszusetzen. Sie tun es im Gegenteil, vor allem im ökonomischen Bereich, beständig. Und zunehmend wird auch der interne Umgang mit ethnischen und politischen Minderheiten, die Menschenrechtspraxis insgesamt, zum Thema internationaler Politik. Vielleicht ist die Tatsache, daß das sieche DDR-Regime nicht das Beispiel der chinesischen Führung mit dem Massaker an der demonstrierenden Opposition auf dem Tianamen-Platz nachgeahmt hat, Ergebnis einer entsprechenden politischen Einflußnahme von außen gewesen. Die Anerkennung und Sicherung von Normen, die auch politische Machthaber an die mit der Etablierung der Tyrannis verbundenen – gewiß doch: zumeist kontrafaktischen – Risiken gemahnt, steht als eine der Lehren dieses Jahrhunderts beginnend mit den Nürnberger Prozessen bis hin zum Internationalen Gerichtshof der Vereinten Nationen in Den Haag<sup>29</sup> auf der Agenda der Entfaltung eines rechtsstaatlichen Straf-

<sup>29</sup> Vgl. hierzu Kirchheimer, Politische Justiz, 1965, S. 480ff.; Marx, Auf dem Weg zum permanenten Internationalen Straftribunal, KJ 1994, S. 358ff.; Schmidt am Busch, Die Kriegsverbrechen an Frauen im Jugoslawienkonflikt, KJ 1995, S. 1ff.

rechts<sup>30</sup> und der internationalen Politik. Daß das Thema »Angst und Politik« nur das negative Privileg von Beherrschten, Minderheiten und Andersdenkenden bleiben soll, ist ebensowenig ein Naturgesetz staatlicher Herrschaft wie Ausbeutung und Willkür ein Naturgesetz der Ökonomie darstellen.

Die strafrechtlichen Normen eines untergegangenen politischen Systems, auch soweit sie ersichtlich Unrecht waren, zerfallen nicht einfach zu Staub, der die Auseinandersetzung mit ihnen entbehrlich machte. Weil sie ihre Geltung nicht allein der Positivität als staatliches Recht verdanken, sondern liiert sind mit kulturellen Traditionen, religiösen Überlieferungen, sozialen Mentalitäten und moralischen Überzeugungen, wurzeln sie auch in den Gefühlen und Einstellungen der handelnden Subjekte und leben in ihnen fort. Die Virulenz solcher nicht-universalistischer, nationalistischer, paternalistischer und rassistischer moralischer Milieus ist allenthalben sichtbar. Daß sie derzeit in der Bundesrepublik nicht den Charakter der positiven staatlichen Rechtsordnung prägen, macht sie nicht irrelevant: Denn unterhalb dieser Ebene konkurrieren sie in der Öffentlichkeit als Normangebote künftiger Politik beständig mit anderen, auch den herrschenden Normen. Auch diese müssen sich ihre Anerkennung in permanenten öffentlichen Auseinandersetzungen stets erneut erwerben.

Das Strafverfahren ist – idealiter – das genuine Mittel, um die mit der Tat bekundete Demonstration der Nicht-Anerkennungswürdigkeit einer sozialen Verhaltensnorm öffentlich zur Verhandlung zu stellen. In ihr muß sich erweisen, ob die vom Täter infrage gestellte Norm die soziale Anerkennung, die der Gesetzgeber reklamiert, weiterhin verdient oder ob sie gegebenenfalls zu revidieren ist, wie dies kürzlich das Bundesverfassungsgericht für die Anwendung des Nötigungstatbestandes auf Sitzblockaden entschieden hat. Jeder Straftäter ist in diesem Verständnis eher Dissident, der eine andere Norm für sich als praktische Handlungsmaxime geltend macht und einklagt, als Abweichler. Aber nur in dieser (wiederum: zumeist kontrafaktischen) Sicht wird er als moralisches Subjekt ernst genommen und nicht zur Klasse der latent unverantwortlichen, mehr oder minder geschädigten Objekte sozialer Verhältnisse herabgewürdigt. Neonazistische oder linksextreme Gewalttäter, wie »verblendet« sie auch sein mögen, reklamieren mit ihren Taten eine andere normative Ordnung des sozialen Zusammenlebens. Der Strafprozeß ist die öffentliche Inszenierung dieser Auseinandersetzung um konkurrierende rechtliche Geltungsansprüche. In ihm stehen – bei derartigen Delikten – immer wieder die normativen Konzepte vergangen geglaubter Vergangenheiten zur symbolischen Verhandlung an.

Auch die Täter vergangener Unrechtsstaaten verdienen es, in diesem normativ anspruchsvollen Sinn Rechenschaft für die von ihnen – diesmal in Übereinstimmung mit dem seinerzeit herrschenden Rechtsverständnis – behauptete Sollgeltung von Normen ablegen zu müssen. Die positivistische Berufung auf die Filbinger-Formel »Was damals Recht war, kann heute nicht Unrecht sein«, greift dabei ebenso zu kurz wie die entsprechende Berufung eines etwaigen Strafrichters auf die Feststellung: »Was heute Gesetz ist, ist Recht«. Auch für letzteren gilt, daß das faktisch geltende Recht seine Gültigkeit in Ansehung der Prinzipien der Verfassung und der sich wandelnden sozialen Verhältnisse stets erneut erweisen muß. Positiviert ist dies in Art. 20 Abs. 3 GG, welcher die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung ausdrücklich an »Gesetz und Recht« bindet.

In einer selbstreflexiv gewordenen Rechtsordnung ist die Trennlinie zwischen Recht

30 »Der Grundgedanke des rechtsstaatlichen Strafrechts ist, daß die Ausübung von Macht über Einzelne oder über die Allgemeinheit strafrechtlich riskant ist«, so Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, KritV 1990, S. 245 ff., 257.

und Unrecht nicht ein für allemal feststehend, sondern unterliegt ihrerseits im Rahmen des rechtlichen Regelwerks und im Kontext der gegebenen Verfahren beständigen Revisionen. Dabei dürfen allerdings in der Regel, und dieser Grundsatz gilt im Strafrecht ausnahmslos, spätere Verschiebungen nicht zulasten derjenigen gehen, die nach der früheren Rechtslage im Recht waren. Der Grund dieses rechtsstaatlichen Privilegs (Art. 103 Abs. 2 GG) ist Vertrauensschutz.<sup>31</sup> Die Rechtsordnung würde ihre Funktion, Verhaltenssicherheit zu garantieren, einbüßen, wenn sie sich nicht nur zur Zukunft, sondern auch zur Vergangenheit hin als beliebig variabel erwiese. Dann wüßte in der Gegenwart niemand, worauf er setzen könnte – außer auf Panzer und Maschinengewehre.

### *B. Schranken des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG*

Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot scheint somit den *Filbingers* und *Honeckers* doch recht zu geben. Anders als die »normalen Kriminellen«, deren Taten auch nach DDR-Recht strafbar waren, brauchten sie keine Strafverfolgung zu befürchten – weil sie sich an systemspezifischem »Unrecht als Recht« beteiligten und dabei ihr Genügen hatten. Einer Amnestie bedürfte es in dieser Logik allenfalls für diejenigen Oppositionellen, die sich nach DDR-Recht strafbar gemacht hatten. Vor dieser aberwitzig anmutenden Konsequenz kann jedoch eine genauere Reflexion auf Sinn und Zweck des Vertrauensschutzes in Gestalt des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bewahren. Was spricht dafür, diesen rechtsstaatlichen Grundsatz auch auf vergangene Verhältnisse zu erstrecken, die ihm nicht entsprachen? Wer ist Adressat, Schutzempfänger dieses Prinzips? Wer ist sein Autor?

Adressat und Autor sind in einer demokratischen Rechtsordnung identisch: die zum politischen Gemeinwesen vereinigten Bürgerinnen und Bürger des Staates. Indem sie sich wechselseitig versprechen, sich nicht nach Maßgabe jeweiliger politischer Mehrheiten nachträglich zu illegalisieren, schaffen sie die Voraussetzung für die Einengung des Terrains, das politisch und rechtlich legitimerweise umkämpft werden darf. Nun ist das strafrechtliche Rückwirkungsverbot – wie das rechtsstaatliche Strafrecht insgesamt<sup>32</sup> – allerdings deutlich älter als die Errichtung der Demokratie in Deutschland. Aber auch im 19. Jahrhundert, als es sich durchsetzte, erfüllte es eine vergleichbare Funktion: Hier läßt es sich als eine – in politischen Auseinandersetzungen paktierte – Selbstbeschränkung des konstitutionellen Monarchen rekonstruieren, der seinen Bürgern Sicherheit vor willkürlicher Strafverfolgung verspricht. Auch in dieser Version handelt es sich um einen quasi-konstitutionellen Vertrag auf Gegenseitigkeit, der nur diejenigen einschließt, die sich auf ihn verpflichten.

In der aktuellen Debatte um die Strafbarkeit des DDR-Unrechts und rückblickend auch des NS-Unrechts wird demgegenüber wie selbstverständlich davon ausgegangen, daß das Rückwirkungsverbot sich auch auf vergangene politische Systeme erstrecke, die dieses Verbot weder respektieren noch mit dem Staat identisch sind, in dem es Geltung beansprucht.<sup>33</sup> Auf diese Weise wird es zu einer Art justiziellem

<sup>31</sup> Vgl. Frommel (Fn. 25) S. 90 f. und Laage KJ H. 4/1989, S. 426 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>32</sup> Zu dessen Entwicklung Naucke (Fn. 30) S. 250 ff.

<sup>33</sup> So z. B. Jakobs, GA 1994, S. 1 ff.; Pawlik (Fn. 4) S. 101 ff., der wie Jakobs das Rückwirkungsverbot explizit auch auf formal – nach DDR-Recht – gesetzwidriges Verhalten erstreckt, sofern es beispielsweise außerhalb der »Interpretationskompetenz der DDR-Rechtsdogmatik gelegen hatte, das Schießen auf Flüchtlinge als rechtswidrigen Totschlag zu qualifizieren«, 113 f.; Dencker (Fn. 4) S. 304 ff. Die Frage, ob

Menschenrecht aufgewertet, welches universelle und überhistorische Geltung beansprucht. In dieser Lesart profitieren von seinem Schutz allein die staatlichen Systemtäter, für die es am allerletzten gedacht war. Aus dem Schutz der Bürger vor den Wechselfällen politischer Machtspele wird so ein Schutz diktatorischer Machthaber vor den Risiken ihres Machtverfalls.<sup>34</sup> Das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot tritt in der aktuellen Debatte die Bühne seiner Hochschätzung in einer Gestalt, die von Grund auf pervertiert ist.

### C. »Entsorgung« der NS-Verbrechen im Spiegel der Amnestiedebatte

1. Ein Schelm ist, wer nicht vermutet, daß es für diese pervertierte Fassung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots Gründe gibt, die außerhalb der Rechtsordnung liegen. Eliten, so zeichnet Quaritsch<sup>35</sup> in einer lesenswerten Studie über die lange Geschichte der Amnestiepraxis nach, sind leichter zu integrieren als zu reproduzieren. Exemplarische Abstrafung einiger Repräsentanten und demonstrativer Schulter-schluß mit der breiten Führungsschicht haben sich machtpolitisch seit der Antike als probates und ausreichendes Mittel erwiesen, sie zur Raison der neuen Verhältnisse zu bringen. Vor tieferem Fall schützt sie ebenso die kulturelle Nähe der Eliten untereinander wie ihr habitueller Ehrgeiz und die Fähigkeit, auch unter gewandelten Machtkonstellationen erneut eine Führungsrolle einzunehmen.<sup>36</sup>

Diesem machiavellistischen Design eines Strafverzichts aus politischer Klugheit liefert der Strafrechtler Günther Jakobs<sup>37</sup> das strafrechtstheoretische und moralische Unterfutter: Mangels übergreifender natur- oder vernunftrechtlich allgemein anerkannter, verbindlicher Strafrechtsnormen ist in einer entzauberten Welt Recht, was Staaten als Recht definieren. Selbst – oder gerade wo – dieses Recht schreiendes Unrecht war und Juden wie im Nationalsozialismus zur beliebigen Tötung freigegeben waren, hindert uns der Rechtscharakter dieses Unrechts, die Täter zu bestrafen.<sup>38</sup> Damals wurden sie nicht bestraft, weil sie sich normkonform verhalten haben.

»eine Bestrafung der NS-Mörder allein schon wegen des Ranges des – notwendig zu verletzenden – Rückwirkungsverbots hatte unterbleiben müssen«, beantwortet er »halbherzig« wie folgt: »Wenn schon – in Anbetracht der geschichtlichen Dimension und Neuartigkeit des Geschehenen – eine Bestrafung richtig und nötig sein soll, dann sollte sie unter offenem Bruch des Rückwirkungsverbots und mit einem klaren – dann auch genau zu bedenkenden – rückwirkenden Gesetz begründet werden«, S. 30 ff. Eine nähere Präzisierung des »Ranges« und der Funktion des Rückwirkungsverbots fehlt leider, sonst wäre deutlich geworden, daß es lediglich die Massenmörder in Staatsuniform schützt.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu das entschiedene Plädoyer von Naucke (Fn. 30) S. 257, allerdings ohne direkten Bezug auf das strafrechtliche Rückwirkungsverbot: »Alle modernen Strafgesetzbücher und Nebenstrafrechte zeichnen sich dadurch aus, daß sie den Widerstand gegen eine aktuelle Politik hart bestrafen, daß sie aber alles daran setzen, das Scheitern von Politik gesetzlich strafflos zu stellen ... Das ist die Verkehrung des ursprünglichen Rechtsstaats, die es zu durchdenken gilt. Das rechtsstaatliche Strafrecht verbietet es, die Protagonisten einer gescheiterten menschenzerstörenden Politik verfahrenslos zu strafen. Aber das rechtsstaatliche Strafrecht ist so blode nicht, diese Protagonisten einfach in die Rente zu entlassen. Das rechtsstaatliche Strafrecht ist auch und gerade ein Strafrecht gegen jene Machtigen, die in großem Stil Menschen als Material ihrer Politik verbraucht haben. Das rechtsstaatliche Strafrecht muß nur lernen, seine Entmachtung bei der Strafverfolgung der Machtigen juristisch auszugleichen.« Ähnlich Laage (Fn. 31) und Perels KJ 4/1984, S. 368 ff.

<sup>35</sup> A. a. O. (Fn. 27).

<sup>36</sup> Die kürzlich erfolgte Aufdeckung der wahren Identität des früheren Rektors der TH Aachen, der sich Hans Schwerte nannte, aber Hans Ernst Schneider und Hauptsturmführer der SS war, ist eine sinnfällige Bestätigung dieser Erfahrung. Vgl. hierzu U. Greiner, Mein Name sei Schwerte, DIE ZEIT v. 12. 5. 1995.

<sup>37</sup> Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht, (Fn. 4); dazu kritisch: F.-Ch. Schroeder, Zur Strafbarkeit von Tötungen im staatlichen Auftrag, JZ 1992, S. 990 ff.

<sup>38</sup> »Man hätte also das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot suspendieren müssen, um nationalsozialistische Gewalttäter bestrafen zu können«, so resümiert Jakobs (Fn. 4) S. 48.

Nicht sie waren schlecht, böse, sondern das politische System pervertierte sie zu systemkonformer Kriminalität: »Wer sich nicht selbst als Täter in einem Konzentrationslager vorstellen kann, weiß, daß er ein großer Charakter ist, oder aber er hat keine Phantasie«<sup>39</sup>. Anpassung wurde, wie überall, honoriert, und das Strafrecht würde sich funktional wie moralisch übernehmen, wenn es den Dissidenten, den moralischen Gewissenstäter zum Regelfall erheben würde. Die moralische Maxime, »wer ohne Schuld ist, der hebe den ersten Stein«, limitiert auch die soziale Geltung des Strafrechts. Daß alle, fast alle mitmachen, ist die bittere Realität, der sich das Strafrecht fügen muß.<sup>40</sup> Strafrecht ist auf subjektive Bosheit bei geordneten Verhältnissen zugeschnitten – sind die Verhältnisse schlecht, so »läßt sich die Tat nicht als Ausdruck subjektiver Bosheit kennzeichnen«.<sup>41</sup> Folgerichtig bleibt es strikt der politisch-moralischen Binnenperspektive des jeweiligen staatlichen Rechtssystems verhaftet, wie verbrecherisch diese Ordnung auch sein mag. Was in ihr und gegen sie angezeigt ist, ist Revolution, nicht Strafrecht. Da – und gerade weil – im Staat der Bundesrepublik als neuer politischer Ordnung die Rechtsnorm des Tötungsverbots von Menschen (inclusive Ausländern und Juden) nicht der symbolischen Bekräftigung bedarf, weil ihre normative Geltung nicht fraglich ist, machen Strafprozesse gegen NS-Mörder nach *Jakobs* keinen strafrechtlichen Sinn. Was auch immer sie verbrochen haben, der Geltungsanspruch des bundesdeutschen Strafrechts prallt an den Systemstrukturen des NS-Regimes ab. Die moralische Schuld mögen sie vor ihrem ewigen Richter abbüßen, ein irdischer ist nach dem Untergang des Regimes nicht mehr zuständig – und war es vorher ebensowenig.

2. Was nach *Quaritsch* und *Jakobs* für die historisch beispiellosen NS-Verbrechen gilt, gilt ihnen zufolge erst recht für das in seinen Dimensionen deutlich geringfügigere DDR-Unrecht. Sowenig wie damals die – zunächst unter dem Regime der Alliierten noch massenhafte, dann von der Bundesrepublik alsbald gestoppte<sup>42</sup> – Verfolgung, Aburteilung und Bestrafung von NS-Tätern politisch klug und strafrechtlich richtig war, sowenig ist es die nachträgliche Verfolgung des staatskonformen Unrechts der DDR. Insoweit sind sie in ihrer sarkastisch-affirmativen Position der Privilegierung von Staatsverbrechern und der Meute der Mitläufer immerhin konsequent.

Bedauernswert ist, daß das Beispiel Schule macht. Das Bedürfnis, angesichts der – im Detail gewiß problematischen – strafrechtlichen Bearbeitung des DDR-Unrechts Frieden mit der unsäglichen deutschen Vergangenheit insgesamt zu schließen, scheint selbst gutmeinende Geister zu verwirren. *Egon Bahr*<sup>43</sup> etwa gibt heute die Bestellung des ns-amtlichen Kommentators der Nürnberger Rassegesetze von 1935,

39 *Jakobs* (Fn. 4) S. 42, für die DDR lautet der entsprechende Passus: »Wenn die Politik das Recht so pervertiert hat, daß die Tötung eines Menschen, der nichts als seine Freizügigkeit will, nicht nur erlaubt ist, sondern sogar geboten ist, dann ist der Täter, der die Tötung ausführt, eben das Produkt dieser pervertierten Ordnung, ein Glied in der Genese des Konflikts, nicht aber deren Grund«, ebd. S. 56.

40 *Jakobs*, GA 1994, S. 1 ff, 17.

41 Ebd.; zu diesem Argument, das auch von Zielcke, Gnade vor Recht?, KJ 1990, S. 460 ff., vorgetragen wurde, wendet Jäger, Amnestie für staatliche Verbrechen?, KJ 1990, S. 467 ff. zu recht ein: »Oh im übrigen die Zwänge, denen Entscheidungsträger und Befehlsempfänger in einer Diktatur ausgesetzt sind, die individuellen Handlungsspielräume wirklich mehr einengen als die Bedingungen, die sich als Sozialisationsdefizite, bedrangende Lebensschicksale, soziale Beschädigungen und persönliche Konflikte auf »normale« Straftaten auswirken, die Schuld fiktion bei in staatlichem Auftrag handelnden Tätern also größer ist als sonst, ist eine völlig offene und kriminologisch niemals ernsthaft diskutierte Frage«.

42 Zu den Details vgl. *Quaritsch* (Fn. 27) mit zahlreichen Nachweisen; zum Umgang der DDR mit der NS-Vergangenheit im Vergleich zur BRD vgl. *Rottleuthner* (Fn. 6) S. 488 ff.; die Instrumentalisierung der NS-Prozesse in der früheren DDR für die Auseinandersetzung mit der BRD dokumentiert *Werkentin*, Scheinjustiz in der frühen DDR. Aus den Regieheften der »Waldheimer Prozesse« des Jahres 1950, in: KJ 1991, S. 333 ff.

43 a.a.O. (Fn. 2).

Hans Globke, zum Leiter des Kanzleramts als »eine der großen staatsmännischen Leistungen Adenauers« aus, und Uwe Wesel<sup>44</sup> sekundiert: »Je größer die Gnade, desto besser der Neuanfang. Auch Konrad Adenauer hat das gewußt. Nachdem viele alte Nazis in den ersten vier Jahren nach dem Krieg ziemlich rauh behandelt worden waren, setzte er auf Integration. Man kann den Beginn einer Demokratie nicht mit dem Ausgrenzen von Millionen Bürgern belasten. Das war Adenauers Programm mit dem Gesetz zu Artikel 131 des Grundgesetzes. Alle alten Nazis erhielten einen Anspruch auf Wiedereinstellung in den öffentlichen Dienst, nicht nur die von der Gestapo«. Daß diese Politik des Verschweigens und Verdrängens, der Verharmlosung der nationalsozialistischen Verbrechen und Verbrecher in der frühen Bundesrepublik, für die beide, sowohl Bahr wie Wesel, früher kein gutes Wort gefunden hätten, nunmehr zur staatsbürgerlichen Meisterleistung der Extraklasse stilisiert wird, ist schon für sich ein hoher Preis, der zur Beförderung der Amnestiedebatte entrichtet wird. Daß dabei die objektive Verharmlosung bis in die Wortwahl hinein in mimetischer Anpassung an den Volksgeist der fünfziger Jahre nochmals subjektiv nachvollzogen und begrüßt wird, daß die »rauhe Behandlung« der auf das Burschenschaftsniveau »alter Herren« vermenschlichten »alten Nazis« ihr Ende fand, zeugt von einer erstaunlichen Gelassenheit gegenüber den unvergleichlichen Menschheitsverbrechen, die die NS-Diktatur angerichtet hat. Statt solcher Verharmlosung das Wort zu reden, sollte und könnte sich ein Plädoyer für eine Amnestie an der Maxime orientieren, daß an die strafrechtliche Beurteilung des DDR-Unrechts nicht um ein Vielfaches strengere Maßstäbe angelegt werden dürften als dies bezüglich der unvergleichlich größeren NS-Verbrechen der Fall war.<sup>45</sup> Gemessen an diesem Maßstab stimmt in der Tat der Verfolgungseifer, den die Justiz nunmehr bei der Ahndung der DDR-Regierungskriminalität an den Tag legt, bedenklich.<sup>46</sup>

Fassen wir die bisherigen Überlegungen zusammen: Weder die These, daß bei staatlich organisiertem Unrecht der Strafzweck der Generalprävention leerlaufe, noch das Argument, das strafrechtliche Rückwirkungsverbot erstrecke sich auch auf Täter vergangener politischer Unrechtsstaaten, sind überzeugend. Die gegenteilige Auffassung beruht auf einer bemerkenswerten Inkonsistenz: Einerseits negiert sie den universalen, »systemübergreifenden« Geltungsanspruch der fundamentalen Grund- und Menschenrechte, selbst des Tötungsverbots, staffiert aber andererseits das Rückwirkungsverbot – und nur dieses – mit solcher überzeitlicher Geltung aus. So wird die »magna charta« des Verbrechens zum einzigen Naturrecht aufgewertet mit der Konsequenz, daß der rechtliche Freibrief, den sich die Tyrannis zu ihrem Selbstschutz ausstellt, zum universell geltenden Persilschein wird. Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot enttarnt sich als Privileg von Staatsverbrechern. Daß in dieser Sicht die laxen Ahndung von NS-Verbrechen durch die bundesdeutsche Justiz zum

44 A. a. O. (Fn. 2).

45 Hier bleibt freilich ein Dilemma, auf das Habermas, Aufarbeitung der Geschichte und Bestand der Demokratie, in: Enquete-Kommission, Auseinandersetzung mit den beiden Diktaturen in Deutschland, in: Deutschland Archiv 1994, S. 772 ff., 774 f. zu recht hingewiesen hat: Die Maxime der Gleichbehandlung erkennt, daß sich inzwischen – nicht zuletzt aufgrund der Fehler und Unterlassungen der »Vergangenheitsbewältigung« der NS-Verbrechen – die Maßstäbe der Kritik an organisiertem Staatsunrecht verschärft haben: »Die paradoxe Form einer nicht ganz unbegründeten Unfairneß zeigt sich vor allem an den persönlichen Harten eines im Prinzip wünschenswerten, vergleichsweise jedoch rigoroser durchgeführten Elitenwechsels«, (S. 775).

46 Dies gilt insbesondere auch für die Rigorosität, mit der Eliten aus öffentlichen Funktionen entfernt – und d. h. hier: ausgewechselt – werden, worauf bereits Habermas (Fn. 45) hingewiesen hat. Rottleuthner (Fn. 6) S. 489, berichtet, daß die »Quote der übernommenen Richter und Staatsanwälte in den neuen Bundesländern (samt Berlin) ... zwischen 10% (in Berlin) und fast 50% (schwankt). Da war man in den Westzonen – jedenfalls ab 1946/47 – erheblich milder. Ende der 40er Jahre war in einigen OLG-Bezirken der Anteil von ehemaligen NSDAP-Mitgliedern in der Richterschaft größer als vor 1945 – vor allem aufgrund der Zuwanderungen aus dem Osten.«



rechtsstaatlich gebotenen Widerstand gegen die Zumutungen ihrer politischen Instrumentalisierung aufgewertet wird, ist der »Mehrwert« dieser strafrechtlichen Entsorgung gleich aller deutschen Staatsverbrechen in diesem Jahrhundert.

#### *D. Unangemessenheit des Strafrechts bei der Verfolgung von Systemdelikten?*

Damit sind zwar die stärksten, aber freilich nicht alle Argumente, die die Befürworter einer Amnestie vorbringen, erschüttert. Was die behauptete Unfähigkeit eines individualisierenden Strafrechts zur Verfolgung von staatlich organisiertem Unrecht angeht, so ist auf die Gegenposition zu verweisen, die insbesondere in den Untersuchungen von *Herbert Jäger*<sup>47</sup> eingehend belegt ist. Das Strafrecht sieht sich bei weitem nicht nur in Auseinandersetzung mit staatlicher Systemkriminalität mit organisierten Formen des Verbrechens konfrontiert: Ob es sich um Delikte konzentriert arbeitender politischer oder mafioser »Syndikats«, um Wirtschafts- oder Umweltkriminalität, um tiefgestaffelte Bestechungs- oder Parteispendenkartelle handelt, stets steht das Strafrecht vor dem Problem, aus einem dichten Netzwerk ineinander verschränkter Handlungsketten individuelle Tatbeiträge isolieren und Einzelnen zurechnen zu müssen. Daß aus dieser Schwierigkeit die Forderung abgeleitet worden wäre, auf strafrechtliche Sanktionen gegenüber organisierter Kriminalität ganz zu verzichten, ist mir unbekannt.

Was somit von der Kritik an der strafrechtlichen Aufarbeitung DDR-Unrechts übrig bleibt, sind Aspekte der Unverhältnismäßigkeit von Ermittlungsaufwand und Anklageerhebung, gar Verurteilung,<sup>48</sup> der Trivialisierung staatlich verfügbaren Unrechts durch Verurteilung politisch Verantwortlicher wegen Bagatelldelikten und des Auseinanderklaffens der Bestrafung von Befehlsgebern und Befehlsempfängern. Soweit es sich hierbei um Strukturprobleme einer strafrechtlichen Verfolgung massenhafter Delinquenz handelt, könnte dem durch die Nichtverlängerung von Verjährungsfristen oder eine beschränkte Amnestie für geringfügigere Straftaten abgeholfen werden. Ansonsten wäre es Sache der Ermittlungsbehörden, für eine Konzentration der Strafverfolgung auf die relevanten Tätergruppen und Delikte zu sorgen.

Die eigentliche Grux der Bestrafung von Regimekriminalität in der früheren DDR aber liegt darin, daß und wie sie zur Angelegenheit der bundesdeutschen Justiz geworden ist. De facto und völkerrechtlich gesehen de iure war die DDR Ausland. Aber die deutsche Vereinigung ist nicht als Vereinigung zweier gleichermaßen souveräner Staaten vonstatten gegangen, die sich für die Vergangenheit wechselseitig »Indemnität«, einen Verzicht auf Strafverfolgung hätten versprechen können. Dieser Weg wurde nicht eingeschlagen. Die DDR ist der Bundesrepublik beigetreten. Bei den Verhandlungen über den Einigungsvertrag wurde, aus verständlichen Gründen, eine Amnestie für begangenes Staatsunrecht von ihr verworfen und durch den Vertrag selbst das bundesdeutsche Recht für unanwendbar erklärt.

Dadurch – und nur dadurch – wurde in Ansehung des DDR-Regierungsunrechts die

47 Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989; ders., KJ 1990, S. 467 ff.; vgl. dazu auch Perels, Keine Privilegien für Staatsverbrecher, KJ 1990, S. 472 ff., mit weiteren Hinweisen.

48 In Sachsen-Anhalt etwa stehen nach Aussage der Justizministerin Karin Schubert 5600 Ermittlungen ganze 21 Anklagen gegenüber, vgl. die Berichte in: TAZ v. 17. 3. 1995 und DER SPIEGEL, v. 16. 4. 1995; Schubert: »Vier rechtskräftige Urteile gab es, und zwar alle wegen schwerer Mißhandlung im Gefängnis. So etwas wurde ich auch nie mit Straffreiheit belegen wollen. Worum wir hier streiten, sind die mittelschweren Straftaten, die mit einer Freiheitsstrafe zwischen einem und fünf Jahren geahndet werden«, zit. nach DER SPIEGEL, a. a. O., S. 92.

Geltung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG verbindlich gemacht. Insofern enthält der Einigungsvertrag eine positivrechtliche Verbürgung des Rückwirkungsverbots und eine Beschränkung der justiziellen Strafgewalt der Bundesrepublik. Darin, in der paktierten Geltung des Rückwirkungsverbots, liegt nichts anderes als eine Teilamnestie.

Wäre die Geltung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbart worden, würde sich sogleich die Frage stellen, nach welchem Recht sich die Handlungen der DDR-Täter strafrechtlich korrekterweise beurteilen ließen. Die Antwort ist einfach: nach dem Recht desjenigen Staates, dem der Untergegangene beigetreten ist. Dessen Strafrecht gilt dann rückwirkend. Genau diese Konsequenz zum Prinzip zu erheben, fürchten die Protagonisten eines moralisch entleerten Strafrechts wie der Teufel das Weihwasser: Könnten doch dann die Staatsdelinquenten der DDR nur von Glück sagen, daß ihnen ein gnädiges Schicksal eine vergleichsweise rechtsstaatlich korrekt arbeitende Justiz gewährt hat. Was aber wäre, wenn das Beispiel Schule machte und die Verhältnisse sich umgekehrt entwickelt hätten, indem die BRD der DDR beigetreten wäre? Ließe sich ein Ausschluß des Rückwirkungsverbots auch in umgekehrter Richtung sichern? Das Problem hätte sich, das weiß auch *Jakobs*, gar nicht erst gestellt. Rechtsstaatlichkeit ist ein exklusives Programm von demokratischen Rechtsstaaten. Weder das NS-System noch das der DDR hat oder hätte sich solche Fesseln auferlegt: »Vae victis« war und wäre die Parole der Stunde. Die Aufspreizung des Rückwirkungsverbots zum einzig universalen Geltungsprinzip des Strafrechts ist machtpolitisch illusionär, weil die Reziprozität der Anerkennung dieses Prinzips nicht gesichert ist und nicht gesichert werden kann. Solange organisiertes staatliches Unrecht existiert, gibt es deshalb zur rückwirkenden Anwendung des rechtsstaatlichen Strafrechts eines die Staatsgewalt übernehmenden demokratischen Staates keine Alternative – es sei denn, sie würde rechtlich verbindlich ausgehandelt. Die Debatte über die Radbruch'sche Formel und ihre offenen oder versteckten naturrechtlichen Implikationen ist daher überflüssig. Sie zeugt nur von den Irritationen, die die Verwalter des bundesdeutschen Strafrechts in bezug auf die moralischen Grundlagen ihrer Rechtsmaterie hegen. Diese kritische Selbstreflexivität ist hilfreich, wo sie, wie bei *Naucke*,<sup>49</sup> dem latent herrschaftsaffinen Charakter des Strafrechts in allen politischen Systemen auf der Spur bleibt. Sie ist entwaffnend, wo sie diesen in das Einerlei einer entmoralisierten Systemkonformität hüllt, die überall und zu allen Zeiten nichts anderes aussetzt als Prämien auf gelungene Anpassung.

#### *E. Die Maßstäblichkeit des DDR-Rechts nach dem Einigungsvertrag als Teilamnestie*

Indem der Einigungsvertrag vorschreibt, strafrechtlich relevantes Verhalten von Funktionsträgern der DDR nach dem dort geltenden Recht zu beurteilen, statuiert er eine weitgehende Amnestie für Systemdelikte. Diese Regelung ist zwar, mit Verlaub, absurd: Indem das Rechtssystem der DDR zum Maßstab der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Handlungen von »Systemtätern« erhoben wird, wird das Regime der DDR nachträglich mit einer Struktur ausstaffiert, die es – insbesondere im Umgang mit seinen politischen Gegnern – nie besessen hat: Rechtsstaatlichkeit. Hierzu fehlte es sowohl an den Voraussetzungen der Gewaltenteilung, insbesondere

49 A. a. O. (Fn. 30).

einer unabhängigen Justiz, als auch an gegenüber dem Staat einklagbaren, autonomen politischen Artikulations- und Selbstbestimmungsrechten, subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechten. Das Medium des Rechts war als selbständiges Kommunikations- und Steuerungsmedium in der Gesellschaft der DDR ebenso wenig existent wie in den anderen realsozialistischen Ländern.

Nun ist allerdings diese absurde Rechtsstaatsfiktion in bezug auf die DDR zum Bestandteil der staatlichen Einigung gemacht worden und deshalb zu akzeptieren. Eine Folge dieser Fiktion ist, daß alle nach damaligem Recht gesetzlich legalen Praktiken des Systemunrechts außer Verfolgung bleiben. Aber welche Maßstäbe sind bei der Auslegung des DDR-Rechts anzuwenden? Diejenigen, die die politisch abhängigen Strafverfolgungsbehörden und die Justiz der DDR selbst anlegten, oder diejenigen einer unabhängigen, an rechtsstaatliche Grundsätze gebundenen Justiz? Damit stellt sich, diesmal auf der Ebene der Rechtsanwendung, das Problem des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots erneut.<sup>50</sup>

Welche Antwort auf diese Frage zu geben wäre, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Insoweit verweise ich auf den Beitrag von *Monika Frommel* in der Festschrift für *Arthur Kaufmann*.<sup>51</sup> Sicher ist lediglich: Selbst wenn man das DDR-Gesetzesrecht an bundesdeutschen Maßstäben der Auslegung mißt, bleibt nur ein verschwindend kleiner Teil von Systemdelikten übrig, die sich nach diesen Kriterien als strafbar erweisen: Exzeßstaten etwa – wie die eines Grenzsoldaten, der mit Tötungsabsicht auf einen Flüchtenden schießt oder auf einen bereits bewegungsunfähigen Flüchtling feuert –, die einen evidenten Verstoß gegen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit von staatlich intendiertem Rechtsgüterschutz und konkreter individueller Rechtsgutverletzung beinhalten.<sup>52</sup>

Die Amnestiedebatte ist eine Folge der halbherzigen Lösung in der Behandlung des Staatsunrechts, die der Einigungsvertrag durch die Statuierung der Geltung des Rückwirkungsverbots des Grundgesetzes herbeigeführt hat. Im Regelfall beschränkt sich dadurch das Amnestieproblem auf diejenigen Handlungen, die Tatbestände des klassischen Kriminalstrafrechts erfüllen, soweit dies auch in der DDR galt, oder auf die zusätzlich bundesdeutsches Strafrecht Anwendung findet. Wieder einmal werden politische Delinquenten nur in einer Rollenvariante haftbar, die sie des Elements des Politischen ihrer Taten entkleidet. Einerseits stehen hier die eher banalen, durch die Stellung im politischen System ermöglichten, aber nicht exklusiv systemspezifischen Delikte der privaten Bereicherung zur Debatte, andererseits – wenngleich viel seltener – Handlungen, die den Tatbestand von Kapitalverbrechen wie Mord, Folter und die systematische Zerstörung der Identität von Personen erfüllen und nicht durch Gesetzesrecht der DDR gedeckt waren.

<sup>50</sup> Dencker (Fn. 4) S. 304 ff. Er geht im Anschluß an Hanack, Zur Problematik der gerechten Vergeltung nationalsozialistischer Verbrechen, 1967, davon aus, daß das Rückwirkungsverbot auch verbietet, nachträglich das frühere Recht an anderen Maßstäben zu messen; erheblich weitergehend Pawlick (Fn. 4) und Jakobs (Fn. 4 und Fn. 40), die auch formal rechtswidrige »Systemdelikte« daran messen, ob sie unter Bedingungen der nicht gegebenen Autonomie der Justiz hätten bestraft werden können. Gegen beide Positionen spricht sich zu recht Frommel (Fn. 25) aus mit dem auch hier favorisierten Argument, daß das Rückwirkungsverbot nicht zur Reproduktion der Standards einer totalitär gefesselten Justiz führen dürfe. Bei einer nachträglichen Rechtsprechungsänderung, die zu Lasten potentieller Täter strengere Maßstäbe anlegt, als die Rechtsprechung es bislang getan hat, käme es niemanden in den Sinn, das Rückwirkungsverbot zu strapazieren. Sedes materiae ist der Verbotsirrtum nach § 17 StGB: Die Rechtsprechung billigt Verurteilungen bei einer Korrektur ihrer Auslegung großzügig § 17 StGB zu. Im übrigen läßt sich mit guten Gründen die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots auf nachträglich durch die Rechtsprechung enger gefaßte Rechtfertigungsgründe wie etwa in § 27 DDR-Grenzgesetz bestreiten, so Frommel (Fn. 25) und Amelung, JuS 1993 S. 637 ff.

<sup>51</sup> A. a. O. (Fn. 25).

<sup>52</sup> BGH NJW 1993, 141 ff.

Die Amnestie ist ein besonders interessanter Fall rechtsstaatlicher Rechtsparadoxie: Hier verzichtet das Recht mit Mitteln des Rechts auf seinen Sanktionsanspruch. Es läßt Gnade vor Recht ergehen und verwischt systemtheoretisch gesprochen seine Leitdifferenz. Die Unterscheidung von rechtmäßig/rechtswidrig wird für einen begrenzten, in der Vergangenheit liegenden Umkreis von Sachverhalten und möglichen wie wirklichen Tätern außer Kraft gesetzt. Die Rechtsordnung annulliert partiell ihren Geltungsanspruch. Daraus folgt als Gebot politischer Klugheit: Die – ohnehin aus Konvention und Sitte, Moral, öffentlichem Diskurs und demokratischer Entscheidung geliehene – Autorität des Rechts gebietet, von solcher Selbstaufhebung seines Geltungsanspruchs nur in Ausnahmefällen Gebrauch zu machen. Wo Amnestien inflationieren, krankt der Rechtsstaat. Die Verkündung solcher Ausnahmestände des Rechts muß begrenzt bleiben auf historische Situationen, deren rechtliche Bearbeitung »unmöglich« ist: Politisch, moralisch und (zumeist auch) juristisch.

Der Einigungsvertrag hat zugunsten des staatlichen DDR-Unrechts, soweit dies nach damaligem Recht formal legal war, das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG für anwendbar erklärt. Man mag diese Entscheidung kritisieren, zu respektieren ist sie. *Pacta sunt servanda*. Erst dadurch kommt es zu den dargestellten Unstimmigkeiten und Verwerfungen einer strafgerichtlichen Verfolgung, die sich entweder auf Alltagskriminalität bezieht, wo es um Regierungskriminalität geht (und nachträglich das sozialistische Eigentum vor den Räubern aus den eigenen Reihen schützt), oder auf Exzeßstaten übereifriger Staatsschützer. Das ist mißlich, aber nach Lage der Dinge nicht zu vermeiden.

Einer Amnestie bedarf es für diese Tätergruppen nicht. Sie sollte, wenn man es nicht bei dem Auslaufen der Verjährungsfristen für Vergehen Ende 1995 belassen will, lediglich die kleinen Mitläufer mit ihren geringfügigen Delikten erfassen und alle diejenigen Täter (wie Spione), die nur deswegen nicht in den Genuß des Rückwirkungsverbots kommen, weil ihre Handlungen auch nach bundesdeutschem Strafrecht strafbar waren.

Staatlich organisiertes und zu verantwortendes Unrecht ist in besonderer Weise verletzend und empörend. Es trifft hoffnungslos Unterlegene. Die Arroganz der Machthaber trübt weder ein schlechtes Gewissen noch die Furcht vor Strafe. Davor schützt sie das staatliche Gewaltmonopol, eine Zivilisationserrungenschaft, deren Kehrseite die Tyrannis bildet. Welchen Grund sollte es geben, Staatsverbrechen zu privilegieren und ausgerechnet bei ihnen die Preise für Amnestien zu erniedrigen?

Staatliche Souveränität ist seit den Nürnberger Prozessen kein Freibrief mehr für Mord und Totschlag seitens der Herrschenden, ihrer Mitläufer und Schergen. Und zwar weder nach außen noch nach innen. Es gilt den Versuch nicht abbrechen zu lassen, diese Norm einer prinzipiellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit auch der Exponenten staatlicher Gewalt zu errichten und zu stabilisieren. Diese Normen sind die symbolischen Vertreter der Tabus, an die nicht mehr gerührt werden soll. Für sie stehen die Namen Auschwitz und Gulag. Die Erinnerung dieser Menschheitskatastrophen verlangt nach einer Rechtsordnung auf neuem zivilisatorischen Niveau. Eine Amnestie für schwere Verbrechen kommt daher nicht in Frage. Jede andere muß auf Unterscheidungen beruhen, die politisch klug, moralisch richtig und rechtlich vernünftig sind.