

# Kommentare

## Helga Wullweber Die Mauerschützen-Urteile

»Sie haben den Sinn der Worte verkehrt, doch haben sie die Worte behalten ...«  
(Manes Sperber)

### *1. Zwei Urteile des LG Berlin*

In den beiden ersten Mauerschützen-Urteilen werden die DDR-Grenzsoldaten, die an der Mauer Flüchtende erschossen, verurteilt, weil die Todesschüsse gegen elementare Menschenrechte verstießen. In beiden Urteilen werden die Vorgesetzten hingegen exkulpiert. Die Begründungen differieren und gleichen sich doch darin, die Verhältnisse in der DDR zu vereinfachen. Dennoch veranschaulichen beide Mauerschützenurteile beklemmend die Doppelbödigkeit und Unoffenheit des DDR-Alltags als Fundament des gehorsamen Mittuns.

#### *1. Verstoß gegen den überpositiven Kernbereich des Rechts*

Im ersten Mauerschützenurteil (LG Berlin 20. 1. 1992 (523) 2 Js 48/90 Kls (9/91)) werden der § 213 StGB/DDR, soweit er die Republikflucht als Verbrechen bestraft, und das Grenzgesetz wegen der Erlaubnis, Flüchtende notfalls zu erschießen, um die Flucht zu verhindern, sowie der gleichlautende tägliche Befehl an die Grenzsoldaten vor Antritt des Grenzdienstes für nichtig erklärt, so daß die Schützen weder durch Gesetz noch durch Befehl gerechtfertigt waren. Grenzgesetz und Schießbefehl, lautet die Begründung, verstießen gegen den überpositiven Kernbereich des Rechts. Daß das tötungsgesegnete Schießen auf Menschen, die lediglich die ehemalige DDR verlassen wollten, gegen die unentbehrlichen Grundsätze für das menschliche Zusammenleben verstößt, habe ein jeder trotz Indoktrination auch in der DDR erkennen können.

»Denn es entspricht der in allen Kulturen herrschenden Rechtsüberzeugung, die später auch in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte ihren Niederschlag gefunden hat, daß das Recht des Menschen auf Leben in erhöhtem Maße geschützt werden muß. Tötungen ohne gerichtliche Urteile sind nur dann zulässig, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergeben. Dies gehört zu dem Kernbereich des Rechts, den nach allgemeiner Rechtsüberzeugung aller zivilisierten Völker kein Gesetz und keine obrigkeitlichen Maßnahme verletzen darf. Die im Grenzgesetz normierte Erlaubnis, Personen, die ohne Erlaubnis das Land verlassen wollen, notfalls zu erschießen, war rechtlich unbeachtlich, weil der Anlaß für das Erschießen, nämlich der bloße Grenzübertritt ohne behördliche Erlaubnis, in einem solch unerträglichen Mißverhältnis zur möglicherweise eintretenden Folge, nämlich dem Tod eines Menschen, steht, daß eine solche Regelung keinen Respekt verdient und ihr der Gehorsam zu verweigern war.«

Der Befehl des Vorgesetzten an den Schützen aber, »schieß doch«, dem diese Gesetzes- und Befehlslage zugrundelag, wird, da nur »notfalls« tötungsgesegnet geschossen werden sollte, nicht als Befehl, zu erschießen, interpretiert.

»Ein konkreter Tötungsbefehl hat nicht vorgelegen. Die Schußwaffengebrauchsbestimmungen enthielten keinen unmittelbaren dienstlichen Befehl, sondern gaben als Rechtsnormen oder

Verwaltungsvorschriften nur die formelle Grundlage zur Erteilung eines unmittelbaren Befehls ab. Nach der offiziellen Anweisung sollte nur auf die Füße geschossen werden. Daneben wurde zwar suggeriert, daß kein Flüchtling durchkommen dürfe. Als Befehl zum Erschießen kann das jedoch nicht gewertet werden.«

In Ermangelung eines Befehls findet deshalb im ersten Mauerschützenurteil der § 258 StGB/DDR keine Anwendung, wonach der Vorgesetzte strafrechtlich verantwortlich ist, wenn durch die Ausführung eines Befehls anerkannte Normen des Völkerrechts oder ein Strafgesetz verletzt werden, und trifft die Vorgesetzten keine strafrechtliche Verantwortung.

## 2. Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Im zweiten Mauerschützenurteil (LG Berlin 5. 2. 1992 (5/8) 2 Js 63/90 KLs (57/91)) werden hingegen der Republikfluchtparagraph, das Grenzgesetz und die Bestimmungen für den Schußwaffengebrauch für gültig erklärt.

Es müsse hingenommen werden, argumentiert das Gericht, daß die Republikflucht nach den Rechtsvorstellungen der DDR ein Verbrechen war, das nach dem Grenzgesetz auch mittels Schußwaffengebrauchs verhindert werden durfte. Die in § 213 StGB/DDR angedrohten hohen Freiheitsstrafen für den unerlaubten Grenzübertritt hätten zwar gegen den völkerrechtlich weitgehend anerkannten Grundgedanken, jedermann eine möglichst weitgehende Freizügigkeit auch in Form von Ausreise und Auswanderung zuzugestehen, nicht aber gegen den unantastbaren Kernbereich des Rechts verstoßen. Auch der Befehl, »den Flüchtenden notfalls zu erschießen«, habe noch auf rechtsstaatliche Abwägungen verwiesen, wie sie von dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gefordert werden, habe ein abgestuftes Vorgehen vorgesehen und sei daher nicht offensichtlich menschenrechtswidrig gewesen. Folglich seien die Schützen in vorauseilendem Gehorsam über den Befehl, zuerst auf die Beine zu schießen, hinausgegangen. Weder ein Gesetz noch ein Befehl habe ihnen geboten, sogleich tötungsgeeignet zu schießen. Wie im ersten Mauerschützenurteil sind die Grenzsoldaten daher ebenfalls weder durch Gesetz noch durch Befehl gerechtfertigt.

Wiederum auch sind die Vorgesetzten in Ermangelung eines rechtswidrigen Befehls von strafrechtlicher Verantwortung frei.

Der Maßstab für die Unverhältnismäßigkeit und damit Rechtswidrigkeit des tötungsgeeigneten Schußwaffengebrauchs wird auch im zweiten Mauerschützenurteil aus dem überpositiven »Gebot der Menschlichkeit« hergeleitet, zu dem der Grundsatz gehöre, daß auch ein Straftäter ein Recht auf Leben hat.

»Der staatliche Zweck, eine Straftat zu verhindern, vermag, zumindest sofern durch diese Straftat nicht das Leben anderer gefährdet wird, niemals die vorsätzliche Tötung eines Menschen zu rechtfertigen. Die Ausführung des Befehls, einen Flüchtling notfalls zu erschießen, verstieß offensichtlich, weil der Verstoß für jeden Durchschnittssoldaten auf der Hand liegt, gegen das Tötungsverbot der §§ 112, 113 StGB/DDR. Ein Befehl, der ohne auf die konkreten Umstände der Flucht über befestigte Grenzanlagen, die Verhinderung dieser Flucht in letzter Konsequenz durch Tötung des Flüchtlings anordnete, war rechtswidrig. Für diese Erkenntnis bedurfte es weder juristischer Kenntnisse noch besonderer intellektueller Fähigkeiten oder politischen Weitblicks. Sie ergibt sich vielmehr für jedermann aus dem Gebot der Menschlichkeit. Die Rechtswidrigkeit war ohne tieferes Nachdenken erkennbar gewesen. Daß die Angeklagten die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht positiv erkannten, ist darauf zurückzuführen, daß sie bei Eintritt in die Armee aus Bequemlichkeit jedes eigene Denken abgelegt haben. Eine derartige auf Bequemlichkeit und Gleichgültigkeit gegenüber elementaren Rechtsgütern anderer beruhende Rechtsblindheit wird auch durch § 258 StGB/DDR nicht privilegiert. Diese Vorschrift will genau wie § 5 WStG dem Soldaten lediglich das Risiko subtiler juristischer Überlegungen abnehmen. Blinder Gehorsam befreit nicht von strafrechtlicher Verantwortlichkeit.«

Das erste Urteil geht stringent von der Nichtigkeit des Republikfluchtparagraphen, des Grenzgesetzes und der Schußwaffengebrauchsbestimmungen aus. Allerdings kommt der Maßstab für die Menschenrechtswidrigkeit freischwebend daher, obgleich Art. 8 der DDR-Verfassung die »allgemein anerkannten, dem Frieden ... dienenden Regeln des Völkerrechts« für die DDR für verbindlich erklärte, und auch § 258 Abs. 1 StGB/DDR die Soldaten verpflichtete, zu prüfen, ob ein Befehl offensichtlich gegen die anerkannten Normen des Völkerrechts verstößt. Die Formulierung »dem Frieden dienende Völkerrechtsregeln« schränkte den Menschenrechtskatalog, auf den sich die DDR-Verfassung bezog, nicht etwa ein. Die Frage eines Verteidigers eines Grenzsoldaten, »Was haben die Menschenrechte mit dem Frieden zu tun?« (Die Zeit vom 5. 6. 92), wird in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 beantwortet, in der es heißt: »Da die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Familie innewohnenden Würde und ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte die Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bildet, ... verkündet die Generalversammlung die vorliegende Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ...«. Durch die von den Vereinten Nationen 1948 verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte wurden erstmals über allen Gesetzen stehende Menschenrechte, die bis dahin nur als Naturrecht galten, kodifiziert, d. h. zu positiven internationalen Normen gemacht. Wenn auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte die Mitgliedstaaten nicht unmittelbar rechtlich verpflichtet, so können sich doch seitdem Staaten auf diesen anerkannten Katalog von Menschenrechten beziehen, wie es die DDR in ihrer Verfassung und in ihrem Strafgesetzbuch tat.

Da das Verbot von Tötungen außerhalb einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ohne gerichtliches Urteil zu den allgemein anerkannten Menschenrechten, dem universell geltenden Völkerrecht, zählt, war es durch Art. 8 der Verfassung der DDR (entsprechend der parallelen Regelung in Art. 25 GG) Bestandteil der Rechtsordnung der DDR, ohne daß es eines besonderen Transformationsaktes bedurfte. Die Streitfrage ist daher nur von untergeordneter Bedeutung, ob der 1973 von dem Staatsratsvorsitzenden Honnecker unterzeichnete Zivilpakt von 1966, in Kraft seit 1976, durch den die Vereinten Nationen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte rechtlich bindend fortentwickelten und der das Verbot von Tötungen ohne gerichtliches Urteil außerhalb einer unbedingt notwendigen Gewaltanwendung sowie die Aus- und Wiedereinreisefreiheit in das eigene Land garantierte, für die DDR formell innerstaatlich verbindlich war.

Weil das Gericht sich zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Erlaubnis, Flüchtende notfalls zu erschießen, auf den überpositiven Kernbereich des Rechts beruft, provoziert es den Vorwurf, rückwirkend und den Grundsatz *nulla poena sine lege* verletzend zu ignorieren, daß die Todesschüsse an der Grenze zu DDR-Zeiten als vaterländische Pflicht galten. Die gesetzeswidrige Praxis begründet jedoch keine schutzwürdigen Erwartungen auf ihren Bestand. Das Verbot von Tötungen, die sich nicht aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergeben, war über Art. 8 Verfassung der DDR und § 258 StGB/DDR Bestandteil der Rechtsordnung der DDR. Das Rückwirkungsverbot verbietet nicht die Anwendung der zur Tatzeit »geltenden«, von den Strafverfolgungsorganen aber nicht angewendeten Rechtsnormen (Rittstieg, Demokratie und Recht 1991, S. 412). Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot bezieht sich auf die Normativität und nicht auf die Realität der Rechtsordnung.

Indem das erste Urteil die Bezugnahme auf die Menschenrechte in der DDR-Verfassung und im Strafgesetzbuch außer Betracht läßt, gerät auch die Doppelbödigkeit der Rechtsordnung der DDR, die einem Sprechverbot unterliegende Diskrepanz zwischen der Normativität und der Realität der Rechtsordnung der DDR nicht in den Blick, die den BürgerInnen der DDR 40 Jahre lang Orientierung und Klarheit erschwert hatte.

#### *4. Gesetzeswortlaut und Schußwaffengebrauch*

Die Beweisführung des zweiten Mauerschützenurteils für die Unmenschlichkeit der tötungsgeeigneten Schüsse ist hingegen verwirrend und unstimmig.

Einerseits wird die Gültigkeit des Republikfluchtparagraphen, der Ausreise- und Grenzreglementsregelungen mit dem weiten Gesetzesvorbehalt begründet, den der Zivilpakt der Vereinten Nationen von 1966 für Ausreiseregeln vorsieht. Andererseits werden die Schußwaffenregelungen des Grenzgesetzes und des Befehls, Flüchtende unter allen Umständen aufzuhalten und notfalls zu erschießen, »systemunabhängig« rechtsstaatlich als durch den, aus dem Gebot der Menschlichkeit folgenden, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt interpretiert und den Schützen vorgehalten, sie hätten wissen müssen, daß tödliche Schüsse auf unbewaffnet Flüchtende unverhältnismäßig und rechtswidrig seien. Sie hätten deshalb, als sie tötungsgeeignet schossen, eigenmächtig die Vorgaben des Grenzgesetzes und der Schußwaffengebrauchsbestimmungen überschritten.

Die Maßstäbe sind unklar und widersprüchlich, wenn einerseits der Republikfluchtparagraph rechtswirksam die Flucht eines einzelnen unbewaffneten Flüchtenden, der nur eine Leiter zum Überklettern der Mauer mit sich trägt, als Verbrechen bewerten darf, auch noch das Grenzgesetz rechtswirksam zur Verhinderung der Republikflucht den Schußwaffengebrauch anordnen darf, aber dann das tötungsgeeignete Schießen auf einen unbewaffneten Flüchtenden als besonders kraß unverhältnismäßig und dem Gebot der Menschlichkeit zuwiderlaufend verurteilt wird.

Die Beweisführung berücksichtigt außerdem nicht die konkrete Situation an der Grenze, für die der Schießbefehl erteilt wurde. Der Befehl, Flüchtende nur fluchtunfähig zu schießen, sie aber unter allen Umständen aufzuhalten, war widersprüchlich. Der Umstand, daß bei Staatsbesuchen der Schußwaffengebrauch untersagt und statt dessen eine größere Postendichte angeordnet wurde, um es den Grenzsoldaten zu ermöglichen, im Wege der Nacheile Flüchtende zu stellen, erhellt die Scheinheiligkeit der Anordnung über den Schußwaffengebrauch. Bei der regelmäßigen geringen Postendichte war ein Flüchtender im Wege der Nacheile vor Erreichung des letzten Grenzzaunes in der Regel nicht einzuholen und anders als durch den Schußwaffengebrauch nicht mehr aufzuhalten. So verhielt es sich auch bei beiden von den angeklagten Grenzsoldaten erschossenen Flüchtenden. Beide wurden aus großer Entfernung erschossen, als sie den letzten Grenzzaun zu überwinden versuchten. Wenn unter diesen Umständen, wie die Vorgesetzten ausgesagt haben, um eine Flucht zu verhindern, mit dem zielgenauen Dauerfeuer geschossen werden mußte und ein Schießen mit dem zielgenauen Einzelfeuer unrealistisch war, so war jeder Schußwaffengebrauch tötungsgeeignet. Folgerichtig genügte es bei der Schießausbildung, den Pappkameraden überhaupt zu treffen, wurde nicht zielgenaues Schießen auf die Beine geübt, sondern war jeder Treffer gleich gut.

Angesichts der Situation, für die der Befehl, flüchtende Personen nur notfalls zu erschießen, erteilt wurde, stimmten der Wortlaut des Befehls – möglichst nicht tötungsgeeignet zu schießen – und die reale Bedeutung des Befehls – wegen der geringen Postendichte waren Fluchten durch Nacheile nicht, sondern nur durch das Le-

ben Flüchtender gefährdenden Schußwaffengebrauch zu verhindern – nicht überein.

53

Indem das zweite Urteil die Formulierungen des Grenzgesetzes und der Schußwaffengebrauchsbestimmungen der DDR ernst nimmt und einer rechtsstaatlichen Auslegung und Korrektur zugänglich ansieht, verkennt es außerdem die Sinnverkehrung, die der Wortlaut des Grenzgesetzes im Kontext des Strafgesetzbuches, das den unerlaubten Grenzübertritt als Verbrechen mit Strafe bedrohte, erfuhr. Infolge der um Wandel durch Annäherung bemühten neuen Ostpolitik der sozialliberalen Bundesregierung war die DDR als zweiter deutscher Staat anerkannt, ihre Aufnahme in die UNO im Jahre 1972 und die Unterzeichnung des Zivilpaktes der Vereinten Nationen im Jahre 1973 möglich geworden. Innenpolitisch führte das dazu, daß die DDR 1982 das Grenzgesetz verabschiedete. Die DDR hatte zwar, um ihre Schußwaffengebrauchsregelungen an der Grenze formal internationalen Standards anzupassen, das Grenzgesetz von 1982 weitgehend wörtlich von westlichen Polizeigesetzen abgeschrieben, wenn auch mit einigen ins Gewicht fallenden Akzentverschiebungen. Nur hatten die Regelungen des Grenzgesetzes über den Schußwaffengebrauch dadurch einen anderen Sinn als die Regelungen westlicher Polizeigesetze, an deren Wortlaut sich die DDR orientiert hatte, weil bereits der unerlaubte Grenzübertritt in der DDR ein Verbrechen war und den Schußwaffengebrauch rechtfertigte.

Erst die Zusammenschau des Grenzgesetzes mit der Strafbarkeit des nicht genehmigten Grenzübertrittes und der regelmäßig zu geringen Postendichte an der Grenze, um einen Flüchtenden im Wege der Nacheile aufzuhalten, erhellt daher das Potemkinsche des Grenzgesetzes, das Fassadenhafte der rechtsstaatlichen Terminologie und die praktizierte Sinnverkehrung.

##### *5. Verbotsirrtum*

Die Vermeidbarkeit des Irrtums der Grenzsoldaten über die Menschenrechtswidrigkeit des tötungsgerechten Schießens wird in beiden Urteilen im Zirkelschluß nur mit dem offensichtlichen Verstoß der Todesschüsse gegen das Gebot der Menschlichkeit begründet.

In beiden Urteilen scheint zwar die potemkinsche Maskerade auf, die die DDR mit ihrer Rechtsordnung praktizierte, so daß die BürgerInnen wie in dem Märchen von des Kaisers neuen Kleidern nicht mehr wußten, ob sie ihrer Wahrnehmung trauen konnten. Hatten nicht auch Westjuristen, die noch im Herbst 1989 die Öffnung der ungarischen Grenze zum Westen hin für DDR-BürgerInnen als völkerrechtswidrig kritisiert hatten (Stuby, *Let's Go West, Demokratie und Recht* 1989, S. 363 f.), den Durchblick verloren? Für den Verlust an selbstbewußter Urteilsfähigkeit und Klarheit, den die potemkinsche Maskerade bei den DDR-BürgerInnen bewirkte, bringen beide Urteile kein Verständnis auf.

Indem beide Urteile von der konkreten Situation absehen, in der die Grenzsoldaten sich befanden und in der es vom Zufall abhängig war, ob Schüsse tödlich waren oder nicht, wird die Scheinheiligkeit des Befehls, nur notfalls tötungsgerecht zu schießen, ignoriert und nicht bedacht, ob nicht gerade das Auseinanderfallen von Wortlaut und Sinn des Befehls für das Fehlhandeln der Grenzsoldaten mitverantwortlich war, da das Auseinanderfallen die Problematik vernebelte, so daß die Grenzsoldaten sie nicht erkannten und vorbedachten. Über diese Diskrepanz zwischen Wortlaut und Wortsinn der Befehle ist in der Grenztruppe niemals gesprochen worden. Viele Dinge durften 40 Jahre lang nicht ausgesprochen werden, so daß manch einem mit den Worten auch das Problembewußtsein verloren ging. »Natürlich« haben auch die

Vorgesetzten niemals thematisiert, wie bei der regelmäßig geringen Postendichte erreicht werden kann, daß das Leben der Flüchtenden möglichst geschont wird.

Die DDR war janusköpfig, einerseits Menschenrechte für die Unterdrückten und Verfolgten dieser Erde einklagend, andererseits die Menschenrechte der widerstrebenden DDR-BürgerInnen mißachtend. Da Fehlentwicklungen nicht kritisiert werden durften, war der Blick auf die Realitäten längst wahnhaft verstellt. Vaclav Havel gab auf die Frage, warum die Menschen im real-existiert-habenden Sozialismus so untätig waren, zu bedenken, daß ihnen die Kraft zum Erkennen der Wahrheit abhanden gekommen war (zit. nach *Der Spiegel*, 30/1992, S. 140). Mauer und Schießbefehl müssen nicht als staatliche »Fürsorge für die dagebliebenen« DDR-BürgerInnen gerechtfertigt werden, wie es der Verteidiger eines Grenzsoldaten tat (*Die Zeit* vom 5. 6. 92), um zu konzedieren, daß die Verhältnisse in der DDR wegen der von den Regierenden verbreiteten Halbwahrheiten und offenen Lügen undurchsichtig waren. Immerhin schwieg die Kirche zu den Todesschüssen an der Grenze. Auch die DDR-Opposition hatte lange um des Friedens und der Stabilität der DDR willen als Voraussetzung von Liberalisierungen geschwiegen. Erst die Bürgerrechtsbewegung der DDR der letzten Jahre verweigerte sich der Hierarchisierung von Frieden und Menschenrechten. »Initiative Frieden und Menschenrechte« nannte sich deshalb explizit eine der Bürgerrechtsgruppierungen. Bis in die zweite Hälfte der 80er Jahre aber hatte auch die DDR-Opposition dem Frieden, auf Liberalisierungen hoffend, den Vorrang vor den Menschenrechten gegeben (Ullmann, anlässlich der Verleihung des Adolf-Arndt-Preises an Hanne und Klaus Vack am 13. 6. 92).

Es war nicht einfach, sich in einer Gesellschaft zu orientieren, in der auch und gerade die Sprache zwischen Wortlaut und Sinn der Wörter oszillierte, so daß eine Verständigung schwer war. Die Frage, ob der Irrtum der Grenzsoldaten, sie seien aufgrund des Grenzgesetzes iVm § 213 StGB/DDR und den auf deren Grundlage ihnen erteilten Befehle zu den tötungsgerechten Schüssen berechtigt gewesen, vermeidbar oder nicht war, hätte daher in beiden Urteilen einer genaueren, die Doppelzüngigkeit und Unoffenheit in der DDR bedenkenden Erörterung bedurft.

## 6. Exkulpation der Vorgesetzten

Die andere Konsequenz der Ignorierung des Wortsinns und des Abstellens auf den Wortlaut des Befehls ist, daß die Vorgesetzten keine strafrechtliche Verantwortung tragen, vielmehr die strafrechtliche Verantwortung für die Folgen der Ausführung des Befehls einzig den einfachen Grenzsoldaten trifft. Beide Urteile exkulpieren die Vorgesetzten mittels des Wortlauts der Bestimmungen über den Schußwaffengebrauch und werfen den Grenzsoldaten, die die tödlichen Schüsse abgegeben haben, vor, eigenmächtig über den ihnen erteilten Befehl hinausgegangen zu sein. Während von den Grenzsoldaten angenommen wird, daß sie die Menschenrechtswidrigkeit des tötungsgerechten Schußwaffengebrauchs an der DDR-Grenze nicht bedachten, wird bei den Vorgesetzten unterstellt, daß, da nach dem Wortlaut der Anweisungen zum Schußwaffengebrauch ein Flüchtender nur »notfalls« erschossen werden sollte, der von ihnen erteilte Schießbefehl nicht beinhaltete, den Flüchtenden zu erschießen, sie vielmehr in Übereinstimmung mit den menschenrechtlichen Maßstäben einzig und allein befahlen, den Flüchtenden durch Schüsse auf die Beine aufzuhalten. Damit ist es der potemkinschen Maskerade, mit der sich die DDR-Oberen umgeben hatten, gelungen, noch nachträglich die beabsichtigte Verwirrung zu stiften.

In die Irre führende, vereinfachende und beschwichtigende Sprachregelungen sind allerdings keine Eigenart nur der vormals realsozialistischen Gesellschaften.

In beiden Urteilen wird den Grenzsoldaten, die die tödlichen Schüsse abgaben, vorgeworfen, vorseilend gehorcht zu haben, und werden die Vorgesetzten mit dieser Begründung exkulpiert. Den Grenzsoldaten wird Eigenmächtigkeit vorgeworfen, obgleich es ihnen in Wahrheit an Eigenständigkeit mangelte und sie sich den Erwartungen der Vorgesetzten fügten. Die Redewendung vom vorseilenden Gehorsam wird reduziert auf die Bedeutung eigenmächtig, und ihr Doppelsinn, der kritische Blick auf ein System, in dem Widerspruch als vergeblich erlebt und daher als nichts nutzende Narretei und moralische Donquichotterie gilt, so daß sich die Menschen fügen und Anordnungen zuvor kommend, vorseilend tun, was von ihnen erwartet wird, ist eliminiert. Mittels der Blickverengung auf die zuvorkommenden Untergebenen ist sie zur griffigen Floskel für eine dummliche Untertänigkeit geworden und gelingt es, die, auch aktuelle, Problematik der Voraussetzungen für Untertänigkeit, sei es im zivilen, sei es im militärischen Bereich, nicht zu thematisieren. Die Soldaten müssen ihr Gewissen rechtzeitig prüfen, wird zutreffend im ersten Mauerschützenurteil gefordert. Jedoch ist die mangelnde Information der Soldaten gang und gäbe. Ein Wehrpflichtiger, der im Sommer 1992 auf dem deutschen Zerstörer »Bayern« Dienst hatte, als dieser in die Adria auslaufen sollte, um sich im Verband mit sieben anderen NATO-Schiffen an der Überwachung des UN-Embargos gegen Serbien und Montenegro zu beteiligen, berichtete von der Ungewissenheit, ob der Adria-Auftrag vom Grundgesetz gedeckt sei oder nicht. Von der in Deutschland heftig geführten Verfassungsdebatte bekomme die Mannschaft nur wenig mit, da sie nur einmal am Tag fünf Minuten lang per Lautsprecherdurchsage Nachrichten hören könne (FR v. 20. 7. 92).

Wortlosigkeit gerät leicht zur Fraglosigkeit. Einer der angeklagten Grenzsoldaten, der als Wehrpflichtiger aus einer grenzfernen Gegend der DDR zum Grenzdienst nach Berlin kam, berichtete, daß es ihm, neu angekommen, merkwürdig vorgekommen war, daß die, antifaschistischer Schutzwall genannte, Mauer so konzipiert war, daß sie die DDR-BürgerInnen am Weggehen hinderte. Da alle dennoch, ohne mit der Wimper zu zucken, vom antifaschistischen Schutzwall sprachen, sei er beschwichtigt worden und habe seine Irritation nicht angehalten. Sogar DDR-Oberer erlagen der Gefahr, sich in der Scheinwelt zu verlieren. So soll, wie berichtet wird (Die Zeit v. 19. 6. 92), der Rentner Schürer, ehemals Herr der Bilanzen in der DDR, der Melkmaschinen als Roboter bilanzierte, wenn der Plan anders nicht zu erfüllen war, noch heute darüber rätseln, warum der real-existiert-habende Sozialismus seine Überlegenheit nicht beweisen konnte. »Da schließlich niemand mehr das System verstand, lobten sie es allesamt«, spottete Vaclav Havel über den real-existiert-habenden Sozialismus, so daß am Ende »der Mensch nicht mehr die Phrase benutzt, sondern die Phrase den Menschen« (zit. nach Der Spiegel, 30/1992, S. 142).

Noch in den Debatten über die Mauerschützenprozesse und über mögliche Straftaten der DDR-Funktionäre wirkt die Verwirrung nach, die die moderne Variante der alten Volksweisheit, daß, wer die Macht hat, auch das Recht hat, die Redewendung von der normativen Kraft des Faktischen, dadurch gestiftet hat, daß ihre ambivalente Bedeutung ins Hintertreffen geriet und ihr Bedeutungsgehalt auf die Anerkennung der Faktizität reduziert wurde. Während den Machthabenden in der DDR die Diskrepanz zwischen Norm und politischer Realität durchaus bewußt war und sie sie, weil es längst nicht mehr genügt, die Form des Gesetzes zu wählen, um aus Unrecht Recht zu machen, zu verschleiern suchten, wird z. B. weiterhin die Auffassung ver-

treten, daß es jedem Laien ohne rechtstheoretische Unterweisung einleuchten müsse, daß eine Regierung am Ende nicht nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie sich selbst gegeben hat, zu überführen sei. Zweifel an der Realitätstüchtigkeit solches um klarer Verhältnisse willen den Fakten nacheilenden Realismus sind angebracht.

## *II. Revisionsurteil des Bundesgerichtshofes betreffend das zweite Mauerschützenurteil*

### *1. Geisterstunde für die Justiz*

Mauz (Die Justiz vor Gericht, 1991, S. 19) sprach nach dem Fall der Mauer von der Geisterstunde für die Justiz der Bundesrepublik, die noch einmal die Erklärungen hören werde, die sie schon einmal gehört hat und gelten ließ: Man sei dem Gesetz unterworfen und habe auf der Grundlage der geltenden gesetzlichen Bestimmungen gehandelt. In der Tat ist es diese tradierte Argumentation, die die VerteidigerInnen, sei es als RechtswissenschaftlerInnen in Fachpublikationen, sei es in foro vortragen. Auch die erstinstanzlichen Landgerichte argumentierten in überkommenen Bahnen. Das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofes, das die Verurteilung der beiden Grenzsoldaten bestätigt (BGH – 5 StR 370/92 – vom 3. 11. 1992, NJW 1993, 141), zeichnet sich dagegen dadurch aus, daß es bei der Begründung der Unbeachtlichkeit von § 27 Abs. 5 des Grenzgesetzes auf keiner der beiden tradierten problematischen Argumentationsfiguren fußt, auf die die Landgerichte die Verurteilung stützten. Weder stellt der BGH wie das erste Mauerschützenurteil allein auf einen überpositiven Kernbereich unantastbarer Rechtsgrundsätze ab; noch reduziert er wie das zweite Urteil die Reichweite von § 27 Abs. 5 des Grenzgesetzes mittels rechtsstaatlicher Auslegung dergestalt, daß die tödlichen Schüsse der Grenzsoldaten vom Gesetzeswortlaut nicht erfaßt wurden, die Grenzsoldaten somit im Täterexzeß handelten und die Vorgesetzten damit aus dem Schneider waren.

Der BGH ignoriert nicht das staatspraktische Verständnis und die staatspraktische Handhabung von § 27 Abs. 5 Grenzgesetz und die dementsprechende Befehlslage für den Schußwaffengebrauch. Das zweite Mauerschützenurteil hat hingegen nach historischem Vorbild das Grenzgesetz wegen des von seinem Wortlaut erweckten Anscheins von Rechtsstaatlichkeit nach rechtsstaatlichen Maßstäben, insbesondere im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausgelegt und seine Reichweite nachträglich auf sein »berechtigtes Anwendungsgebiet« eingegrenzt. Diese Vorgehensweise entspricht der von Rechtslehre und Rechtsprechung ab 1947, mit beginnender Restauration, bei der Prüfung der Frage, ob ein Gesetz typisch nationalsozialistisch ist. In Abkehr zur Rechtsprechung des alliierten Obersten Gerichtshofes für die britische Zone, der vom Frühjahr 1948 bis 1950 tätig war, war nicht mehr die Tatsache entscheidend, daß eine Rechtsnorm in nationalsozialistischer Zeit zu politischen Zwecken mißbraucht wurde oder daß sie von vornherein zu diesem Zweck geschaffen wurde, sondern es wurde auf den, gegebenenfalls von NS-Wortgut wie dem »gesunden Volksempfinden« bereinigten Gesetzeswortlaut abgestellt. Diese bereinigende Auslegung erlaubte es, das Zusammenspiel von diskriminierender Gesetzgebung und willkürlicher Gesetzesanwendung zu ignorieren. Diese Argumentation von Rechtslehre und Rechtspraxis ist zutreffend als »Derealisation der NS-Vergangenheit mittels juristischer Argumentation« bezeichnet worden (s. Clea Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, KJ 1989,

S. 426). Der OGH hatte damals den mit der bereinigenden Auslegung verbundenen Realitätsverlust noch scharf kritisiert und auch die – heutzutage wieder eingewendeten – vergleichenden Hinweise auf Rechtsentwicklungen in demokratischen Staaten – »auch ein Rechtsstaat hat solche Gesetze« – als sachlich unzutreffend zurückgewiesen, weil zwar Straftaten, die sich z. B. als Wehrkraftzersetzung kennzeichnen lassen, überall denkbar seien, jedoch ein despotischer Staat, der die Menschenrechte seinen Zielen bedenkenlos unterordnet, den Begriff der Wehrkraftzersetzung anders verstehe und anwende als ein Rechtsstaat (s. Laage, a. a. O.). Der BGH vermeidet es, mittels der Argumentationsfigur der Reduktion des entgrenzten Gesetzeswortlauts auf den rechtsstaatlich zulässigen das Grenzregime der ehemaligen DDR mittels juristischer Argumentation zu entwickeln. Er berücksichtigt vielmehr die Wechselwirkung zwischen Gesetzeszweck, Gesetzesanwendung und hieraus resultierendem herrschenden Verständnis des Gesetzesinhalts.

Im Unterschied zu beiden landgerichtlichen Urteilen geht der Bundesgerichtshof davon aus, daß die Grenzsoldaten befehlsgemäß handelten, als sie den Flüchtenden erschossen.

»Der Grenzübertritt, der in Anwendung des § 213 III DDR-StGB als Verbrechen angesehen wurde, sollte, sofern er unmittelbar bevorstand, durch Anwendung der Schußwaffe »verhindert« werden (§ 27 II 1 DDR-GrenzG). Zwar bezeichnet das Gesetz die Anwendung der Schußwaffe als »äußerste Maßnahme« (§ 27 I 1 DDR-GrenzG); andere Mittel, den Grenzübertritt zu verhindern, standen den Angekl. aber nicht zur Verfügung. Nach § 27 Abs. 5 des Grenzgesetzes war das Leben anderer »nach Möglichkeit«, also nicht in jedem Falle zu schonen. Hiernach läßt der Wortlaut des Gesetzes die Auslegung zu, daß auch mit (jedenfalls bedingtem) Tötungsvorsatz geschossen werden durfte, wenn das Ziel, Grenzverletzungen zu verhindern, nicht auf andere Weise erreicht werden konnte . . . Wie die Abwägung zwischen dem Leben des Flüchtlings und der »Unverletzlichkeit der Staatsgrenze« auszufallen hatte, war aus dem Gesetz nicht abzulesen . . . Unter diesen Umständen ist die vom Tatrichter festgestellte Befehlslage . . . heranzuziehen . . . Die Befehlslage schloß »zur Vereitelung der Flucht auch die bewußte Tötung des Flüchtenden« ein, falls mildere Mittel zur Fluchtverhinderung nicht ausreichten . . . Das Interesse, die Flucht zu verhindern, hatte hiernach Vorrang vor dem Leben des Flüchtlings.«

Ein so verstandener Rechtfertigungsgrund könne jedoch, fährt der BGH fort, wegen Verletzung vorgeordneter, auch von der DDR zu beachtender allgemeiner Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip die tödlichen Schüsse der Grenzsoldaten nicht rechtfertigen.

»Ein zur Tatzeit angenommener Rechtfertigungsgrund kann (nur) dann wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grober Verstoß gegen den Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck kommt; der Verstoß muß so schwer wiegen, daß er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt (BGHSt 2, 234, 239). Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit muß so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat (Radbruch SJZ 1946, 105, 107).«

Mit dieser Kernbereichstheorie, auf die das erste Mauerschützenurteil die Verurteilung stützte, hatte schon der Bundesgerichtshof in den NS-Prozessen deshalb argumentiert, weil er nationalsozialistische Rechtsbefehle inklusive des Sonderstrafrechts grundsätzlich als »Gesetz« anerkannte und die Gültigkeit einer Norm nur soweit in Frage stellte, als sie den überpositiven »Kernbereich« unantastbarer Rechtsgrundsätze verletzte. Die Kernbereichstheorie des Bundesgerichtshofes ist, ungeachtet ihres richtigen Kerns, deshalb kritisiert worden, weil sie den positiven Prüfungsmaßstab, die Weimarer Verfassung, übergang und die juristische Auseinandersetzung mit dem NS-Recht auf den Widerspruch zwischen Naturrecht und Sittlichkeit einerseits und staatlichem Gesetz andererseits ablenkte, ohne der unbequemen, aber erhellenden Frage nachzugehen, was denn die Geltungsvoraussetzun-

gen und Gültigkeitsbedingungen eines rechtsgültigen staatlichen Gesetzes sind (s. Adolf Arndt, NJW 1960, 1140/41, zitiert von Günther Frankenberg/Franz J. Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung – der Volksgerichtshof vorm BGH, Sondernummer der Kritischen Justiz, Der Unrechts-Staat II, S. 233 Anm. 32). Der BGH berücksichtigt diese Kritik. Er beschränkt sich nicht darauf, sich zu der von der Kernbereichstheorie vermittelten Einsicht zu bekennen, daß bei der Beurteilung von Taten, die in staatlichem Auftrag begangen worden sind, darauf zu achten sei, ob der Staat die äußerste Grenze überschritten hat, die ihm nach allgemeiner Überzeugung in jedem Lande gesetzt ist, sondern wendet sich den konkreten Prüfungsmaßstäben, der Verfassung der DDR und den von der DDR anerkannten Menschenrechten, zu und mißt die Übereinstimmung des dergestalt erarbeiteten Normverständnisses an den von der DDR anerkannten Menschenrechten und an der Verfassung der DDR mit dem Ergebnis, daß er dem staatspraktischen Verständnis des § 27 Abs. 5 des Grenzgesetzes rechtliche Anerkennung versagte.

»Die internationalen Menschenrechtspakte bieten Anhaltspunkte dafür, wann der Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletzt. Hierbei ist der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 von besonderer Bedeutung. Der internationale Pakt ist für beide deutsche Staaten am 23. März 1976 in Kraft getreten. Allerdings hat die DDR es unterlassen, den Pakt gemäß Art. 51 der DDR-Verfassung zum Anlaß für innerstaatliche Gesetzesänderungen zu nehmen... An der völkerrechtlichen Bindung der DDR ändert dieser Sachverhalt nichts. Ein Staat kann sich »nicht durch eine Berufung auf seine innerstaatliche Rechtsordnung der Erfüllung von ihm eingegangener Verpflichtungen entziehen« (Völkerrecht, Lehrbuch, Berlin-Ost 1981, 1 S. 59); er ist »kraft Völkerrecht verpflichtet, im Bereich seiner innerstaatlichen Gesetzgebung entsprechend diesen Verpflichtungen zu handeln und sie zu erfüllen« (a. a. O.)... Das in Art. 12 IPBPR bezeichnete Menschenrecht auf Ausreisefreiheit wurde durch das Grenzregime der DDR verletzt, weil den Bewohnern der DDR das Recht auf freie Ausreise nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in aller Regel vorenthalten wurde... Insbesondere kann die durch die restriktive Paß- und Ausreisevorschriften begründete Lage unter dem Gesichtspunkt der Menschenrechte nicht ohne Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze gewürdigt werden, die durch »Mauer, Stacheldraht, Todesstreifen und Schießbefehl« (BVerfGE 36, 1, 35) gekennzeichnet waren und damit gegen Art. 6 IPBPR verstießen. Nach dieser Vorschrift hat »jeder Mensch ein angeborenes Recht auf Leben«; »niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden« (Art. 6 I 1 und 3)... Die Grenze zur Willkür ist... insbesondere überschritten, wenn der Schußwaffengebrauch an der Grenze dem Zweck dient, Dritte vom unerlaubten Grenzübertritt abzuschrecken. Daß die »Befehlslage«, die die vorsätzliche Tötung von »Grenzverletzern« einschloß, auch dieses Ziel hatte, liegt auf der Hand...«

Der BGH erschließt den zulässigen Inhalt des § 27 Abs. 5 Grenzgesetz weiterhin aus Art. 30 und 89 der Verfassung der DDR in Verbindung mit den von der DDR anerkannten Menschenrechten mit dem Ergebnis, daß auch das Recht der DDR eine Auslegung des Grenzgesetzes geboten und ermöglicht habe, die die Menschenrechtsverletzungen verbot.

»Ausgangspunkt ist Art. 89 II DDR Verf; danach durften Rechtsvorschriften der Verfassung nicht widersprechen. Nach Art. 30 DDR Verf waren Persönlichkeit und Freiheit eines jeden Bürgers der DDR unantastbar und Einschränkungen nur dann zulässig, wenn sie im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen oder einer Heilbehandlung gesetzlich begründet waren... Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit war in der Verfassung der DDR nicht ausdrücklich genannt... Schon im Blick auf Art. 6 IPBPR kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfassungsvorschrift des Art. 30 I DDR Verf, indem sie die Persönlichkeit für unantastbar erklärte, den Schutz des Lebens einschloß... Wer heute den Inhalt der Gesetze unter Berücksichtigung der DDR Verf und der Bindung der DDR an die internationalen Menschenrechtspakte zu ermitteln sucht, unterschiebt demnach nicht dem Recht der DDR Inhalte, die mit dem eigenen Anspruch dieses Rechts unvereinbar wären... § 27 II 1 DDR GrenzG ist dann so zu verstehen: Der Grenzsoldat durfte zwar in den dort bezeichneten Fällen die Schußwaffe zur Verhinderung der Flucht einsetzen; der Rechtfertigungsgrund fand aber eine Grenze, wenn auf einen nach den Umständen unbewaffneten und auch sonst nicht für Leib und Leben

anderer gefährlichen Flüchtling mit dem – bedingten oder unbedingten – Vorsatz, ihn zu töten, geschossen wurde.«

59

Der BGH verneint folglich einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, weil auch das Recht der DDR eine Auslegung des § 27 Abs. 5 Grenzgesetz gebot, die Menschenrechtsverletzungen nicht zuließ.

Sowohl in Art. 15 des internationalen Paktes als auch in Art. 7 der Menschenrechtskonvention wird klargestellt, daß das grundsätzliche Rückwirkungsverbot nicht die Verurteilung von Personen ausschließt, »deren Tat zur Zeit ihrer Begehung nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war ... Entscheidend ist ..., ob die Strafbarkeit »gesetzlich bestimmt war«, bevor die Tat begangen wurde. Bei der Prüfung, ob es sich so verhalten hat, ist der Richter nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenige Interpretation gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden hat. ... Die Erwartung, das Recht werde, wie in der Staatspraxis zur Tatzeit, auch in Zukunft so angewandt werden, daß ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund anerkannt wird, ist nicht schutzwürdig.«

Nur cursorisch prüft der BGH die Schuld der Grenzsoldaten und bejaht sie – ebenso kurzschlüssig wie die beiden landgerichtlichen Mauerschützenurteile – mit dem offensichtlichen Verstoß der Tötung eines bloß Flüchtenden gegen das elementare Tötungsverbot.

»... daß die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer unter den gegebenen Umständen ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun war, daß der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig, also offensichtlich war. Dem entspricht es, daß die große Mehrheit der Bevölkerung in der DDR die Anwendung von Schußwaffen an der Grenze mißbilligte. Daß es sich so verhielt, ist allgemeinkundig.«

Mit dieser Begründung werden die Verhältnisse in der DDR und an der Grenze, wie unter I. zu den ersten beiden Mauerschützenurteilen dargelegt, vereinfacht und außer Betracht gelassen, daß die herrschende Doppelzüngigkeit die konkrete Problematik der Grenzsicherung für den einfachen Grenzsoldaten vernebelte. Wohl den unbewältigten Umgang der bundesrepublikanischen Justiz mit NS-Tätern und NS-Vergangenheit vor Augen, ließ der BGH die Erklärung der Grenzsoldaten, sie hätten nach bestem Wissen und Gewissen auf der Grundlage der geltenden Gesetze gehandelt, nicht gelten. Er bedauert aber, daß die Grenzsoldaten vor Funktionsträgern mit größerem Überblick strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden sind.

## *2. Geisterstunde für die kritische Rechtswissenschaft*

Das Anliegen der KritikerInnen der Strafverfahren sowohl gegen die »Mauerschützen« als auch gegen die Regierenden der ehemaligen DDR ist, simple Schuldzuweisungen in Strafverfahren und ungerechte Verurteilungen aufgrund von Maßstäben, die in der DDR nicht galten, wie auch das zweierlei Maß der Justiz für NS- und SED-Täter zu problematisieren. Es wird in der Tat ungleich behandelt. Den wegen Straftaten in der ehemaligen DDR Angeklagten wird die von den NS-Richtern erfolgreich angewandte Parole »Was gestern Recht war, kann heute nicht Unrecht sein« nicht zugute gehalten. Die KritikerInnen beanspruchen, im Namen der Tradition der herrschaftskritischen Rechtswissenschaft wie auch in Namen der Rechtssicherheit als fundamentaler Voraussetzung jeden Rechtsstaates für einen Gesetzespositivismus einzutreten, der niemanden nachträglich unsichere überpositive Wertungen zumutet.

Die Verteidigung des Rechtspositivismus gehört zum tradierten Kanon der kritischen Rechtswissenschaft und -praktiker in der Bundesrepublik – etwa wenn sie die Behauptung, es sei der gesetzestreue Rechtspositivismus der Weimarer Juristen gewesen, der sie gegenüber der legalen Machtübernahme durch die Nationalsozialisten

hilflos gemacht habe, als »Legende« und als »Positivismusmärchen« bezeichnen (s. exemplarisch Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, 1987, S. 223, 224) oder wenn sie die Renaissance des Naturrechts, mit der die Justiz auf die Pervertierung des Rechts im Nationalsozialismus reagierte, kritisierten, weil das den Rechtspositivismus viel zu pauschal in den Anklagestand hob. Der Positivismus der kritischen Rechtswissenschaft gründet ferner auf der in der Zeit der Weimarer Republik gemachten Erfahrung, daß das Naturrecht zur Verselbständigung der obersten Jurisprudenz gegenüber der parlamentarischen Legislative und zur Suspendierung des noch für den liberalen Rechtsstaat unbezweifelten Primats der Legislative gegenüber der Judikative tendiert (Alfons Söllner, *Ein (un)deutsches Juristenleben – Franz Neumann zum 80. Geburtstag*, Sonderheft der KJ, *Der Unrechtsstaat II*, S. 51 f., 53, 59).

Jedoch beinhaltet die Rede vom Positivismusmärchen bereits eine das Positivismusverständnis der republikanischen Juristen der Weimarer Republik verkürzende und in die Irre führende Wendung, wenn die paradoxe Situation, in der sich diese befanden, nicht bedacht wird: Nämlich einerseits der Infragestellung des Gesetzesrechts unter Berufung auf höheres Recht (wie sie Carl Schmitt und seine antidemokratischen Anhänger in Konfrontation mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber der Weimarer Republik betrieben) zu begegnen und andererseits gegen die Aushöhlung des liberalen Rechtsstaats durch legalen Verfassungsmißbrauch, die Außerkraftsetzung der Weimarer Reichsverfassung durch das Notverordnungsrecht des Art. 48 Abs. 2 WRV anzutreten (Söllner, ebd. S. 51 f., 54). Die Weimarer Kronzeugen der bundesrepublikanischen herrschaftskritischen Rechtswissenschaft haben daher stets im Hinblick auf konkrete Situationen und in wechselnden politischen Lagen verschieden argumentiert bzw. nur auf die aktuell relevanten Gesichtspunkte abgehoben. So hat z. B. Kirchheimer zunächst die Annahme, ein Gleichgewicht zwischen den sozialen Klassen verbürge die Lebensfähigkeit einer Verfassungsordnung, und die Position von Anschütz, der den verfassungsgesetzlich verankerten Klassenkompromiß als Stärke der Verfassung feierte, kritisiert. Er erblickte in der Kompromißstruktur das politische Dilemma der Reichsverfassung, die kein echter Kompromiß sei (positiv definiert als gegenseitiges Nachgeben zur Erreichung einer dauerhaften und eindeutigen Regelung), vielmehr eine »in der Verfassungsgeschichte bisher unbekannte einzigartige Nebeneinanderordnung und Anerkennung der verschiedensten Wertsysteme«. Kirchheimer monierte, daß das Fehlen einer Entscheidung für ein inhaltliches Organisationprinzip die »Verfassung ohne Entscheidung« zu einer »formalen Spielregel« degradieren, über die der sozial Mächtigere im Kräfteparallelogramm beliebig verfügen könne (Volker Neumann, *Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt*, KJ-Sonderheft, *Der Unrechtsstaat II*, 1984, S. 36). Damals mochte er noch hoffen, daß die soziale Mächtigkeit der Arbeiterbewegung imstande sein werde, die offene Legalstruktur zu ihren Gunsten zu verändern. Nach dem Rücktritt der letzten parlamentarisch getragenen Reichsregierung am 30. 1. 1933 rückte er aber von der Kritik an dem unechten, die Entscheidung vertagenden Kompromiß der WRV ab und charakterisierte die Zusammenarbeit von Sozialdemokratie und Teilen des Bürgertums als Grundbedingung, »wenigstens ein Stück Demokratie« zu verwirklichen (ebd., S. 38). Oder: Während für Kirchheimer zu Zeiten der Weimarer Republik die politische Ordnung der parlamentarischen Demokratie dann legitim war, wenn alle Beschlüsse den Anforderungen legaler Verfahren genügten und zurückführbar auf das demokratische Mehrheitsprinzip waren, so daß Legalität und Legitimität unter der Bedingung gesetzmäßiger Entstehung und Ausübung von Macht zusammen fielen (Neumann, ebd., S. 39), bezeichnete er später die Legalität als Schlinge, die sich um den Hals des politischen Gegners immer fester zuzöge. Er tat dies aufgrund der Erfahrung, daß

das Bürgertum diesen gemeinsamen Boden habe gefahrlos verlassen können, da Art. 48 WRV den Rückgriff auf Herrschaftsmittel gegen parlamentarische Mehrheiten erleichtert habe, und betonte, daß nicht jedes Stück Gesetzgebung, das ein Staat unter Beachtung seiner eigenen Formvorschriften erlassen hat, schon dadurch, daß es erlassen worden ist, verbindlich für alle sei (Otto Kirchheimer, Politische Justiz, 1961, S. 480).

»Der Wert der Rechtssicherheit, die durch Anerkennung aller gultigen Normen erhöht wird, kann in offenkundigen Ausnahmefällen nicht als so überragend angesehen werden, daß ihm der Grundsatz geopfert werden müßte, wonach vorsätzliche Verletzung bestimmter Mindestanforderungen den Gültigkeitsanspruch einer Gesetzesvorschrift zunichte macht... Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit macht es nicht leicht, die Gültigkeit eines gesetzgeberischen Aktes deswegen anzufechten, weil das Regime, von dem es ausgegangen ist, oder die Politik, die damit verfolgt werden sollte, rechtswidrig oder verbrecherisch gewesen sei... Ein Gesetzesakt ist eine bloße Chiffre, deren wirklicher Bedeutungswert, der sich von Situation zu Situation verändert, von den Menschen bestimmt wird, die ihn geschaffen oder in ständiger Praxis zu formen gelernt haben« (ebd., S. 480 und 481).

Der Gesetzespositivismus der republikanischen Juristen war also durchaus an überpositive Voraussetzungen gebunden, da er einerseits die Anerkennung der unaufhebbaren Geltungskraft demokratischer Verfassungsprinzipien zur Voraussetzung hatte und deshalb auf dem Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetz gründete. Andererseits beruhte er auf der impliziten Annahme, der demokratische Gesetzgeber, der Volkssouverän, werde seine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zur progressiven sozialen Gestaltung der Gesellschaft nutzen, dabei die persönliche Freiheit des Individuums als einen unvergänglichen Bestandteil der europäischen Kulturoordnung bewahrend (Neumann, a. a. O., S. 43, 44).

Nur scheinbar rekurren die KritikerInnen der Strafbarkeit der Todesschüsse an der Grenze auf diese Tradition kritischer Rechtswissenschaft. So wird etwa vorgebracht, der Schußwaffengebrauch dürfe vom Standpunkt eines wohlverstandenen Gesetzespositivismus allein an den Vorschriften des Grenzgesetzes von 1982 gemessen werden; da der Wortlaut des Grenzgesetzes den Schußwaffengebrauch »in Anlehnung an das westdeutsche Gesetz« regelte, hätten die Voraussetzungen für den Schußwaffengebrauch also dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprochen (Heinecke/Hirsch, Quo vadis, iustitia? Der Fall Stoph, DuR 1992, S. 133 f.; Stuby, Der Honecker-Prozeß, DuR 1992, S. 416 f.) Die KritikerInnen behaupten weiter, nicht die Vereinbarkeit der staatspraktischen Handhabung des Grenzgesetzes mit der Verfassung der DDR sei zu prüfen, sondern nur, ob der Wortlaut des Grenzgesetzes mit der Handhabung durch die Machthabenden vereinbar sei. Diese KritikerInnen begründen ferner die Vereinbarkeit des Grenzregimes der DDR mit der im Zivilpakt von 1966 garantierten Ausreisefreiheit damit, daß der Pakt in Art. 12 Abs. 3 selbst Möglichkeiten der Beschränkungen vorsieht (Stuby, ebd., S. 423). Sie thematisieren aber nicht einmal naheliegende inhaltliche Grenzen für Beschränkungen – etwa daß nach Art. 12 Abs. 3 2. Halbsatz die Einschränkungen mit den übrigen im Zivilpakt anerkannten Rechten (z. B. Art. 6 Abs. 1, wonach das Recht eines jeden Menschen auf Leben gesetzlich zu schützen ist und niemand willkürlich seines Lebens beraubt werden darf) vereinbar sein müssen, oder daß die »Einschränkungen« die Substanz des Rechts bestehen lassen müssen. Schließlich konzedieren KritikerInnen zwar, daß die Praxis des Schußwaffengebrauchs an der innerdeutschen Grenze möglicherweise unverhältnismäßig war, weisen aber den Umstand, daß eine strafrechtliche Überprüfung der Vorfälle in der DDR nie stattfand, als »schon eher metajuristische, ins Naturrecht übergleitende Überlegungen« zurück (Stuby, ebd., S. 416 f.). Andere KritikerInnen bezeichneten die Strafbarkeit der Todesschüsse an der Grenze deshalb als Fiktion, die sich weit von der Wahrheit entferne, da im SED-Staat niemand im

Traum auf den Gedanken gekommen wäre, die Grenzsoldaten strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, die Todesschüsse an der Grenze vielmehr als vaterländische Pflicht gegolten hätten (Erklärung des Vorstands des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins, FR v. 20. 9. 1991). Sie messen damit um der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung willen auch der Handhabung der Gesetze *contra legem* durch die Machthabenden rechtliche Relevanz bei. Auf die Tradition der herrschaftskritischen Rechtswissenschaft und ihres Positivismusverständnisses können sich all diese Kritiken kaum berufen.

Dennoch erweist sich der juristische Streit über die Strafbarkeit der Todesschüsse als Geisterstunde auch für die gegenwärtige kritische Rechtswissenschaft. Sie wird damit konfrontiert, daß, mit ihrem Zutun, zutreffende Rechtspositionen, weil von der historischen Konfliktlage und den implizierten Maßstäben abgelöst, verkürzt und deshalb zu in die Irre führenden Redewendungen wurden. Obgleich das Problem längst bekannt ist, daß auch der demokratische Gesetzgeber auf der Basis einer antagonistischen Gesellschaft einer Ambivalenz verhaftet bleibt, die nach der restaurativen und nach der progressiven Seite offen ist (Perels, Buchbesprechung Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, KJ-Sonderheft, *Der Unrechtsstaat II*, S. 66), verbleiben die Konsequenzen, die hieraus gezogen werden, im allgemeinen, wird nur der Rückgriff auf restaurativ antipositivistische Positionen kritisiert (z. B. Perels, ebd., S. 65). Es besteht offensichtlich, historisch bedingt, eine Scheu davor, die Erforderlichkeit des Rückgriffs auf »überpositive« Maßstäbe explizit zu thematisieren, obgleich solche Maßstäbe, wie z. B. Freiheit des einzelnen und Solidarität, implizit Bestandteil der Tradition der herrschaftskritischen Rechtswissenschaft sind. Für Franz Neumann stellte dies in der Emigration einen Ausweg dar, der problematischen Flucht in eine überpositive Wertordnung durch die konsequente Positivierung des Naturrechts zu begegnen (Söllner, a. a. O., S. 56, 60). Damit beeinflusste er die Kodifizierung der Menschenrechte durch die UNO nach dem 2. Weltkrieg mit. Angesichts der derzeit vonstatten gehenden Eliminierung von Verfassungsprinzipien aus der Verfassung durch die parlamentarische Mehrheit ist dieser Ausweg versperrt. Die explizite Präsenz der stets zugrunde gelegten Maßstäbe wird unerlässlich. Damit würde auch dem Mißverständnis, dem die zitierten KritikerInnen der Strafverfahren gegen die Mauerschützen erlegen sind, nicht länger Vorschub geleistet werden, der Rechtspositivismus der kritischen Rechtswissenschaft lasse Gesetzen beliebigen Inhalts Anerkennung zuteil werden, sofern sie nur formell korrekt erlassen und einer Interpretation zugänglich sind, die sie mit vorgeordnetem Verfassungsrecht vereinbar erscheinen läßt.

### *Bernd Marschang*

#### »UN-Gewaltenteilung« und die Lockerbie-Affäre

Das System der Vereinten Nationen (UNO) befindet sich im Umbruch. Seit dem Ende des sog. Kalten Krieges über den heißen Krieg am Golf bis zu den Erosionen in Jugoslawien, Kambodscha und Somalia sowie der »Welt-Umweltkonferenz« in Rio de Janeiro wird deutlich, daß sich die UNO objektiv im Begriff befindet, sich ihrer – für viele so behaglichen – Bedeutungslosigkeit, wenn auch erst nach und nach, zu