

# Das aktuelle Thema

Russell A. Miller<sup>\*</sup>

## Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verbrechen der Staatsführung der DDR

### I. Einleitung

Am 22. März 2001 fällte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine aufsehenerregende Entscheidung betreffend die strafrechtliche Verurteilung von drei führenden Politikern der früheren DDR. Die Beschwerdeführer in Straßburg waren Heinz Kessler und Ernst Strelitz, früherer Verteidigungsminister bzw. stellvertretender Verteidigungsminister der DDR, sowie Egon Krenz, früherer Staatsratsvorsitzender.<sup>1</sup> Kessler und Strelitz waren vom Landgericht Berlin als Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats wegen Anstiftung zum Totschlag aufgrund der Tötung von Flüchtlingen an der deutsch-deutschen Grenze durch DDR-Grenzsoldaten zu Freiheitsstrafen verurteilt worden.<sup>2</sup> Auf die Revision der Staatsanwaltschaft befand der BGH die Beschwerdeführer wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft für schuldig.<sup>3</sup> Das Bundesverfassungsgericht wies die dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden mit Beschluss vom 24. Oktober 1996 zurück.<sup>4</sup> Egon Krenz war als Mitglied des Politbüros des ZK der SED und des Nationalen Verteidigungsrates vom LG Berlin ebenfalls wegen Totschlags in Tateinheit mit Mord zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die dagegen gerichtete Revision hatte der BGH zurückgewiesen,<sup>5</sup> die Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>6</sup>

Die Beschwerdeführer trugen vor dem EuGMR vor, daß die Taten, dererntwegen sie verfolgt wurden, zum Zeitpunkt ihrer Begehung weder nach dem Recht der DDR noch nach internationalem Recht eine Straftat darstellten. Der EuGMR, der in erster

<sup>\*</sup> Mein Dank für großzügige Diskussionsbereitschaft und wertvolle Hinweise geht insbesondere an Günter Frankenberg, an RiEuGMR Bostjan Zupancic und an meinen geschätzten Kollegen und Weggefährten Peer Zumbansen, der gemeinsam mit Andreas Maurer auch die Übersetzung besorgt hat.

<sup>1</sup> EuGMR, Entscheidung vom 22. März 2001, teilweiser Abdruck in: Neue Justiz 2001, 261 »Strelitz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35531/97 und 44801/98«. Im folgenden wird ausschließlich nach der englischen Originalfassung der Entscheidung zitiert, die unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (European Court of Human Rights, March 22, 2001) zu finden ist. Der Gerichtshof entschied am selben Tag noch über den Antrag eines ehemaligen Grenzsoldaten, der ebenso wegen vorsätzlichen Mordes an einem ostdeutschen Bürger, der versucht hatte, über die Grenze nach Westdeutschland zu fliehen, verurteilt worden war (K.-H.W. gg. Germany, Az.: 37201/97, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 22. 03. 2001)). Die Fragen, die das Gericht hier zu behandeln hatte, unterschieden sich leicht von denen in den Prozessen der politischen und militärischen Machthaber. Dennoch gab es freilich beträchtliche Übereinstimmungen. Das Gericht entschied auch hier, daß keine Verletzung der Menschenrechtskonvention vorliegt, und bestätigte aus diesem Grunde die Verurteilung des Grenzsoldaten vor deutschen Gerichten (vgl. insb. BGHSt 40, 241). Aus Platzgründen befaßt sich dieser Artikel nur mit den Urteilen in den Fällen Strelitz, Kessler und Krenz gegen die Bundesrepublik Deutschland.

<sup>2</sup> Vgl. LG Berlin, NJ 1994, 210.

<sup>3</sup> Vgl. BGHSt 40, 218 = NJ 1995, 532 m. Anm. Prantl.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 95, 96 = BVerfG NJ 1997, 19.

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJ 2000, 148.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfG NJ 2000, 139.

Linie darüber zu entscheiden hatte, ob die Verurteilung durch bundesdeutsche Gerichte gegen Art. 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoßen hatte, wies die Beschwerden zurück. Art. 7 Abs. 1 EMRK lautet:

*»Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.«*

Vor dem Hintergrund der deutschen Wiedervereinigung und der damit zusammenhängenden »Abwicklung« der DDR durch westdeutsche Richter und Beamte kommt der Entscheidung des EuGMR eine besondere Bedeutung zu, als hiermit die internationale Arena betreten wurde. Die Straßburger Richter sahen sich mit einem äußerst komplexen Thema konfrontiert, denn hinter der Anwendung des *nulla poena*-Grundsatzes und der damit zusammenhängenden Fragen der Rückwirkung verbargen sich ganz spezielle Fragen hinsichtlich der (juristischen) Beurteilung eines politischen Systems durch ein anderes vor dem Hintergrund der Teilung in zwei Staaten, des kalten Krieges und der in diesem Rahmen gegenseitig erlebten Spannungen, Entfremdungen und Annäherungen. Die vorangegangenen Verfahren, die sogenannten *Mauerschützenprozesse*, gehören ohne Zweifel zu den kompliziertesten und (symbolisch) besonders aufgeladenen Folgen der Wiedervereinigung.<sup>7</sup> Blickt man auf andere Staaten des früheren Ostblocks, in denen trotz der Ende der achtziger/Anfang der neunziger Jahre begonnenen Umwälzungsprozesse teilweise wieder die früheren Staatsführer die Macht an sich ziehen, stellt die gerichtliche Verfolgung früherer Verantwortungsträger durch den anderen (früheren) Teilstaat ein bemerkenswertes Phänomen dar. Es scheint, als nähmen wir als Betrachter und als Ausführende teil am Ende des Kalten Krieges. Auch wenn hier ganz andere politische und historische Merkmale im Vordergrund stehen, erscheint das Verfahren gegen Egon Krenz so gesehen in gewisser Weise den Nürnberger Prozessen vergleichbar zu sein.

Gerade wegen des besonderen Kontexts, in dem die Entscheidung aus Straßburg, aber auch die vor deutschen Gerichten verhandelten Ereignisse stehen, soll hier besonderes Augenmerk auf die Argumentation des Gerichts gelegt werden. Der EuGMR wies die Anträge von Krenz und den anderen Beschwerdeführern ab, da die vom BGH bestätigten Urteile des Landgerichts nach Ansicht der Straßburger Richter keine Verletzung der Konvention darstellten. Wollte man die Argumentationslinie des Europäischen Gerichtshofs auf eine Kurzformel bringen, so könnte man feststellen, daß sich die Richter gegen eine wie auch immer geartete Anwendung der »Radbruchformel« auf die Mauerschützenfälle wendeten. Die von Gustav Radbruch 1946 in einem kurzen Aufsatz in der Süddeutschen Juristenzeitung entwickelte These, wonach der nationalsozialistische Richter angesichts der vehementen, in Radbruchs Worten: unerträglichen, Beugung übergesetzlichen Rechts durch nationalsozialistische Rechtsetzung und Anwendung letztere zu entlarven und zu boykottieren verpflichtet gewesen wäre,<sup>8</sup> beeinflußte die Nürnberger Richter nach dem Zweiten Weltkrieg ebenso wie die bundesrepublikanischen Gerichte, die mit den Mauerschützen befasst waren.<sup>9</sup> So kann die Betrachtung der deutschen Verfahren gegen frühere DDR-Grenzposten und die eingehende Würdigung der jüngsten Entschei-

7 Die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* schrieb nach der Entscheidung des EuGMR: »Die Richter in Straßburg haben der nach der Wiedervereinigung notwendigen juristischen Aufräumarbeit effektiv ein Ende gesetzt. (*And Justice for All*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG (English Edition), 23.03.2001, S. 1).

8 Vgl. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*, SJZ 1946, 105–108; vgl. zu Radbruch die eingehende Dissertation von Hanno Durth, Frankfurt 2001, (im Erscheinen).

9 Die Radbruchsche Formel ist der am häufigsten zitierte Textabschnitt in der Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts. Sie rechtfertigt die Überlagerung von positivem Recht durch Naturrecht in dem Falle, in dem der Widerspruch des positiven Rechts mit übergesetzlichen Rechtsgrundsätzen ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das positive Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat (Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*

dung aus Straßburg die Schwierigkeiten eines Strafrechts in Umbruchzeiten wenigstens in Umrissen kennzeichnen (II).<sup>10</sup> In einem dritten Teil geht es insbesondere um die Argumentationsweise des EuGMR im Krenz-Fall und seine Ablehnung der Anwendung der *Radbruchformel* im vorliegenden Fall (III).

## II. Die sogenannten *Mauerschützen*-Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

### A. Hintergrund

Die endgültige Schließung der deutsch-deutschen Grenze durch den am 13. August 1961 erfolgten Mauerbau versuchte, die Massenabwanderung deutscher Bürger nach Westberlin und Westdeutschland zu unterbinden.<sup>11</sup> Die Grenze wurde durch die Führung der DDR eiligst legalisiert, das sogenannte *Grenzregime* in erster Linie durch Art. 213 des Strafgesetzbuchs der DDR bestimmt, in der Folge besonders einschlägig in seiner Fassung von 1979. Daneben spielten eine entscheidende Rolle § 27 des 1982 verabschiedeten Grenzgesetzes sowie § 17 Abs. 2a des DDR Volkspolizeigesetzes von 1986.<sup>12</sup> Letztlich eindeutige Zahlen hinsichtlich der aufgrund dieser Rechtslage zu Schaden gekommenen Personen liegen weiterhin nicht vor.<sup>13</sup>

und übergesetzliches Recht (Fn. 8), S. 107); siehe auch Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, *Juristenzeitung* 1997, S. 421, 423: »In einem Wort: extremes Unrecht mutiert zu Nichtrecht«.

<sup>10</sup> Vgl. zum Verfassungsrecht die Studie von Katharina Harms, *Verfassungsrecht in Umbruchsituationen*, Baden-Baden 1999.

<sup>11</sup> Questions on German History: Paths to Parliamentary Democracy, 1998, S. 373. In den Fällen Strelitz und Kessler berief sich der Bundesgerichtshof auf Feststellungen des Berliner Landgerichts, in denen es heißt: »Vom Anfang des Jahres 1949 bis zur Mitte des Jahres 1961 flohen etwa 2,5 Millionen Deutsche aus der DDR in den Westen.« BGHSt 40, 218 (219).

<sup>12</sup> § 213 des Strafgesetzbuches der DDR regelte den Tatbestand der Republikflucht. Es heißt dort: (1) Jede Person, die die Grenze der Deutschen Demokratischen Republik illegal überquert oder Bestimmungen über den zeitweilig erlaubten Verbleib in der Deutschen Demokratischen Republik oder über den Transit durch die Deutsche Demokratische Republik zu widerhandelt, wird bestraft... § 17 Abs. 1 lit. a des Volkspolizeigesetzes und § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes ermöglichen in Verbindung mit anderen Vorschriften den Gebrauch von Gewalt bis hin zur Tötung eines Menschen, um die Grenze zu schützen. § 17 Abs. 2 des Volkspolizeigesetzes besagt: »Der Gebrauch von Feuerwaffen ist gerechtfertigt um (a) die drohende oder andauernde Zuwiderhandlung, die nach den Umständen geeignet erscheint, ein Verbrechen zu begründen...«, § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes lautet: »Der Gebrauch von Feuerwaffen ist gerechtfertigt um (a) die drohende oder andauernde Zuwiderhandlung, die nach den Umständen geeignet erscheint, ein Verbrechen zu begründen... Der Gebrauch ist ebenso gerechtfertigt um eine Person, die der Begehung eines Verbrechens stark verdächtigt ist, zu verhaften.«

<sup>13</sup> Die Schätzungen gehen weit auseinander, weil teilweise nur die Toten an der Berliner Mauer, teilweise alle Toten entlang der gesamten innerdeutschen Grenze, also auch der Berliner Mauer, einbezogen werden. Die unvollständigen Aufzeichnungen der Zwischenfälle, die von der DDR angefertigt wurden, tragen dazu bei, daß exakte Zahlen über Tote nicht festgestellt werden können. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nahm bezüglich der Anzahl der Toten bei Fluchtversuchen nach Westdeutschland die folgende Position ein: « Die offizielle Anzahl der Toten betrug laut der deutschen Staatsanwaltschaft 164. Höhere Zahlen ergeben sich aus anderen Quellen, wie z. B. der Arbeitsgemeinschaft 13. August, die von 938 Toten spricht. »Strelitz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, 13 (European Court of Human Rights, March 22, 2001). Hierzu jetzt: Frank Pergande, *On Guard: East German Force Kept Deadly Vigil on Border*, FRANKFUTTER ALLGEMEINE ZEITUNG (English Edition), o9. o8. 2001, S. 3. (»In the 28 years that followed, more than 120 people died trying to escape across the border, 80 of them along the Berlin Wall... Counting everyone who drowned in the Baltic Sea or in the border rivers, all those who dies at the borders of third countries and all who committed suicide when their plans to escape were discovered, more than 900 people are estimated to have died during escape attempts.«) Siehe auch Henning Rosenau, *Tödliche Schüsse in staatlichem Auftrag*, 2. A. 1998, S. 36–37 (Er behauptet, es habe mehr als 900 Tote, nicht nur beschränkt auf Berlin, gegeben.); Knut Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der »Mauerschützen-Prozesse*, 1999, 11 (Fn. 2) hier werden eine Anzahl von Schätzungen aus unterschiedlichen Quellen zitiert, die sich auf »über 200«, »470« bis hin zu »etwa 900« belaufen.). Siehe auch eine Liste derer, die beim Fluchtversuch starben (aufgerufen

Schon bald nach der Wiedervereinigung begannen deutsche Staatsanwälte mit der strafrechtlichen Verfolgung der Grenzverbrechen. In der Folge kam es bis heute zu 6.500 Untersuchungsverfahren gegen mutmaßliche Mauerschützentäter, davon 5.900 Freisprüche oder Einstellungen und mehr als 100 Verurteilungen.<sup>14</sup> Der nationale Verteidigungsrat (NVR) verfügte die wesentlichen Bestimmungen und Verordnungen betreffend die »Grenzsicherung« unterhalb der Ebene parlamentarisch gesetzten Rechts.<sup>15</sup> Dem NVR oblag auch die militärische Ausbildung der Grenzbeamten.<sup>16</sup>

In den Mauerschützenprozessen wurde grundsätzlich das damals geltende Strafrecht der DDR und darin die Vorschriften betreffend Mord und Mitiäterschaft zugrunde gelegt.<sup>17</sup> In dem Verfahren vor dem EuGMR stand hingegen die Weigerung der deutschen Gerichte im Vordergrund, die von den Angeklagten vorgebrachte Verteidigungsargumentation hinsichtlich des Einsatzes lebensvernichtender Mittel anzuerkennen. Im einzelnen ging es um § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes der DDR und die hieran anknüpfende Begründung, die im Rahmen des Grenzgesetzes begangenen Tötungen als etablierte »Staatspraxis« nicht strafrechtlich zu verfolgen. Die Entscheidung des EuGMR rekonstruiert präzise die während der verschiedenen Versahrengabschnitte vor den deutschen Gerichten ausgeführten Argumentations- und Begründungsstränge:

*»The Berlin Regional Court held that these grounds of justification could not be relied on because they flagrantly and intolerably infringed elementary precepts of justice and human rights protected under international law. (...)*

*The Federal Court of Justice considered that, even at the material time, a correct interpretation of section 27(2) of the State Borders Act would have shown that such grounds of justification could not be pleaded on account of the limits laid down by the Act itself and in the light of the GDR's Constitution and its obligations under public international law.*

*Lastly, the Federal Constitutional Court held: In this wholly exceptional situation, the requirement of objective justice, which also embraces the need to respect the human rights recognized by the international community, makes it impossible for a court to accept such a defense. Absolute protection of the trust placed in the guarantee given by Article 103 § 2 of the Basic Law must yield precedence, otherwise the administration of criminal justice in the Federal Republic would be at variance with its rule-of-law premises.«<sup>18</sup>*

Trotz der subtilen Variationen innerhalb der von den Gerichten gewählten Begründung ist nicht zu übersehen, wie sich die implizite oder explizite Bezugnahme auf die Radbruchformel gleichsam wie ein roter Faden durch die Entscheidungen zieht. Ob implizit, wie in den Entscheidungen des Berliner Landgerichts oder des Bundes-

June 17, 2001) <http://www.swlink.com/~ateo/namensliste.htm#1> (hier werden, beschränkt auf Berlin, 81 Tote genannt); Bruce Kennedy, Order 101: Shooting to Kill at the Berlin Wall (aufgerufen June 17, 2001) <http://www.cnn.com/SPECIALS/cold.war/episodes/09/sportlight/> (er spricht von einer Zahl von 260 Toten in Berlin und mehr als dreimal so vielen an anderen Stellen der Grenze.); Heiko Burkhardt, Berlin Wall History: Escape Attempts to the West (aufgerufen June 17, 2001) <http://www.dailystsoft.com/berlinwall/history/escape.htm> (171 Tote in Berlin).

<sup>14</sup> Pergande (Fn. 13), p.3. Vgl. Rosenau (Fn. 13), S. 22; Seidel (Fn. 13), S. 19.

<sup>15</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, 14 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 22. März 2001).

<sup>16</sup> Ebd.; so auch: BGHSt 40, 218 (220): »Nach Artikel 48 war die Volkskammer das oberste staatliche Machtkörper der DDR, dem gleichzeitig Gesetzgebung und Gesetzausführung zustand.«

<sup>17</sup> Der Umgang der Gerichte mit ostdeutschen Verbrechen wurde für das wiedervereinigte Deutschland, in dem grundsätzlich bundesrepublikanisches Recht Anwendung findet, durch den Einigungsvertrag und das Einigungsvertragsgesetz festgelegt. Danach findet im wiedervereinigten Deutschland DDR-Recht Anwendung in Fällen aus der früheren DDR, es sei denn, daß bundesrepublikanisches Recht für den Angeklagten weniger belastend bzw. günstiger ist. Aufgrund dieses Prinzips wurden in diesen Fällen westdeutsches materielles Recht und Strafverschriften angewendet.

<sup>18</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, 65 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 22. 03. 2001).

verfassungsgerichts, oder explizit, wie in der Entscheidung des BGH, der große Energie auf eine Begründung der Legalitätsgrenzen verwendet: Die *Radbruchformel* ist Modell und theoretische Rechtfertigung für die von allen Gerichten bejahte Anwendung eines fremden Rechts auf die Rechtsordnung der DDR, die, das gilt es an dieser Stelle noch einmal zu unterstreichen, eine Rechtfertigungsmöglichkeit vorgesehen hatte.

Der BGH machte in seinem Mauerschützen-Urteil vom 26. Juli 1994,<sup>19</sup> auf das er in seiner Entscheidung betreffend Streletz und Kessler vom selben Tag<sup>20</sup> zur Begründung ausdrücklich hinweist, den deutlichsten Gebrauch von der *Radbruchformel*:

*»Der Verstoß wiegt hier so schwer, daß er die bei allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletzt: in einem solchen Fall muß das positive Recht der Gerechtigkeit weichen.«<sup>21</sup>*

Der BGH führte in dieser Entscheidung aus, daß die Staatspraxis der DDR, die die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen durch Schußwaffen, Selbstschußanlagen oder Minen zur Vermeidung einer Flucht aus der DDR in Kauf nahm, wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte nicht geeignet gewesen sei, den Täter zu rechtfertigen.<sup>22</sup>

Das Bundesverfassungsgericht bezog sich in etwas indirekterer Weise auf die *Radbruchformel*, als es feststellte, daß die Nichtanerkennung der von den Beschwerdeführern vorgebrachten Rechtfertigung keine Verletzung des in Art. 103 Abs. 2 GG niedergelegten *nulla poena*-Grundsatzes darstelle.<sup>23</sup> Das Bundesverfassungsgericht befand die in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen bis hin zu der zuletzt durch die Beschwerdeführer angegriffenen Entscheidung des BGH von 1994 als mit dem Grundgesetz vereinbar.<sup>24</sup> Ohne sich selbst auf die *Radbruchformel* als Entscheidungsgrundlage zu stützen, schreibt das Bundesverfassungsgericht: »Zwar trifft es zu, daß die gesetzlichen Vorschriften der DDR, soweit sie den Schußwaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze regelten, den Vorschriften der Bundesrepublik über die Anwendung umittelbaren Zwangs im Wortlaut entsprachen. Die in den angegriffenen Urteilen getroffenen Feststellungen ergeben jedoch, daß die Gesetzeslage von Befehlen überlagert war, die für eine Eingrenzung des Schußwaffengebrauchs nach den Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keinerlei Raum ließen und den Angehörigen der Grenztruppen vor Ort die Auffassung ihrer Vorgesetzten, letztlich des Nationalen Verzeidigungsrates, vermittelten, Grenzverletzer seien zu vernichten, wenn der Übertritt mit anderen Mitteln nicht verhindert werden könne. Die Unterordnung des Lebensrechts des Einzelnen unter das staatliche Interesse an der Verhinderung von Grenzübertritten führte zur Hintansetzung des geschriebenen Rechts gegenüber den Erfordernissen politischer Zweckmäßigkeit.

<sup>19</sup> BGHSt 40, 241.

<sup>20</sup> Vgl. BGHSt 40, 218 (232).

<sup>21</sup> BGHSt 40, 241 (244). Der BGH wies auf die mit der Anwendung der Radbruchformel, »die bei der strafrechtlichen Beurteilung nationalsozialistischer Verbrechen entwickelt worden« sei, verbundenen Schwierigkeiten hin und führte aus, daß heute, besonders im Rahmen des internationalen Rechts, »konkretere Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen seien«. Aber auch vor diesem Hintergrund kam der BGH zu dem Ergebnis, »daß die Rechtsauflösung des Senates zur Unwirksamkeit grob ungerechter und menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgründe unanwendbar wäre.« (Ebd., S. 243)

<sup>22</sup> Vgl. BGHSt 40, 218 (232), mit Hinweis auf BGHSt 40, 241 (244).

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 95, 96 (132); Art. 103 Abs. 2 GG lautet: Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

<sup>24</sup> Vgl. die Urteile des BGH in BGHSt 39, 1 und BGHSt 39, 168; siehe hierzu auch Dreier (Fn. 9), S. 421, 428.

Sie war materiell schwerstes Unrecht.<sup>25</sup> Diese Formulierung kommt nicht von ungefähr, und dies wird das Gericht gewußt haben.<sup>26</sup>

### B. Die Entscheidung des EuGMR

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte befand, daß die von den deutschen Gerichten ausgesprochenen Verurteilungen von Streletz, Kessler und Krenz keine Verletzung von Art. 7 § 1 EMRK darstellten. Dennoch lagen die Straßburger Richter nicht völlig auf einer Linie mit den höchsten Gerichten Deutschlands.<sup>27</sup> So wird man in den Entscheidungsgründen des EuGMR vergebens nach einer Berufung auf die Radbruchformel suchen.<sup>28</sup> Vielmehr stützt der EuGMR seine Entscheidung allein auf Art. 7 § 1 EMRK und das damals in der DDR geltende Recht. Hierfür berief sich der Gerichtshof auf seine zu Art. 7 EMRK bereits ergangene Rechtsprechung. Dabei stellte er insbesondere zwei Prüfungskriterien in den Vordergrund: die Zugänglichkeit der strafrechtlichen Vorschrift sowie die Vorhersehbarkeit einer auf sie gestützten Verurteilung aus der Sicht des Angeklagten.

*»The individual /must/ know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable.«<sup>29</sup>*

Diese Schutzzvorschrift soll auch, nur in umgekehrter Weise, dann Anwendung finden, wenn das Gericht sich weigert, eine Rechtfertigung für eine jetzt unter einen Strafrechtsstatbestand fallende Tat anzuerkennen. Die Frage lautet dann: Konnte der Angeklagte entweder aus der Vorschrift selbst oder unter Heranziehung der früher vom Gericht vorgenommenen Interpretation wissen, daß seine Tat nicht zu rechtfertigen ist?<sup>30</sup>

Vor diesem Hintergrund stellte der Gerichtshof fest, daß es für die Angeklagten vorhersehbar war, daß ihre auf § 17 Abs. 2 DDR-Volkspolizeigesetz und auf § 27 Abs. 2 DDR-Grenzgesetz gestützten Rechtfertigungen nicht durchdringen würden. Mit Berufung auf die einschlägigen Normen, besonders § 213 Abs. 3 DDR-StGB, rechtfertigten die genannten Vorschriften den Schußwaffeneinsatz nur in »schweren Fällen«.<sup>31</sup> Damit lag ein schwerer Fall nur dann vor, wenn der Grenzübertritt mit Gefahren für Leib und Leben verbunden war, wenn er unter Verwendung von

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 95, 96 (136).

<sup>26</sup> Dreier (Fn. 9), S. 421, 428 mit Hinweis auf Robert Alexy, Mauerschützen, 1993, S. 4.

<sup>27</sup> *And Justice For All*, FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG (English Edition), March 23, 2001, S. 1.

<sup>28</sup> Die Radbruchsche Formel findet ihren Ausdruck in Art. 7 § 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, vgl. zum Text oben unter I.

<sup>29</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Deutschland, Nrn.: 3404/96, 35532/97 und 4480/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (European Court of Human Rights, 22.03.2001), unter Hinweis auf EuGMR, Kokkinakis v. Greece, Series A no. 260-A, p. 22 (1993).

<sup>30</sup> Der EuGMR ging insoweit und ohne weitere Begründung von einer umgekehrten Anwendung von Art. 7 § 1 EMRK hinsichtlich möglicher Rechtfertigungen strafbaren Verhaltens aus. Dem vorausgegangen war bereits die Rechtssache S. W. v. the United Kingdom, wo es um die Vereinbarkeit der im common law existierenden Rechtfertigungsmöglichkeit ethlicher Vergewaltigung mit Art. 7 ging. Der Gerichtshof sah hierin keine Verletzung von Art. 7 § 1 EMRK. Vgl. S. W. v. the United Kingdom, 335-B Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1995). Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Nichtannahmeentscheidung der Verfassungsbeschwerden von Streletz und Kessler mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ausgeführt: »Art. 103 Abs. 2 GG schützt davor, daß die Bewertung des Unrechtsgehalts der Tat nachträglich zum Nachteil des Täters geändert wird. [...] Deshalb gebietet er auch, einen bei Begehung der Tat gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgrund weiter anzuwenden, wenn dieser im Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist.« (BVerfGE 95, 96 (131 f.).)

<sup>31</sup> § 213 Abs. 3 DDR-StGB lautet: »In schweren Fällen wird der Täter mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu acht Jahren bestraft. Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor, wenn (1) die Tat Leben oder Gesundheit von Menschen gefährdet; (2) die Tat unter Mißführung von Waffen oder unter Anwendung gefährlicher Mittel oder Methoden erfolgt; (3) die Tat mit besonderer Intensität durchgeführt wird; (4) –; (5) die Tat zusammen mit anderen begangen wird; (6) [...]. Entnommen aus: Strafgesetzbuch (StGB) sowie angren-

Schußwaffen, anderer gefährlicher Gegenstände, mit besonderer Intensität oder gemeinsam mit anderen unternommen wurde. Der Gerichtshof stellte zutreffend fest, daß die Sachverhalte der den Angeklagten zur Last gelegten Grenztötungen keine dieser Voraussetzungen erfüllt hatten. Die Flüchtenden hatten jeweils allein gehandelt, waren unbewaffnet und hatten einfachste Fluchtmethoden gewählt. Der Gerichtshof unterstrich die Vorhersehbarkeit einer nicht möglichen Rechtfertigung der den Angeklagten zur Last gelegten Tötungsdelikte besonders mit Hinweis darauf, daß die Vorschriften selbst ausdrücklich »schwere Fälle« beschrieben und daß diese Normen im Lichte der DDR-Verfassungsgrundsätze verstanden werden mußten, innerhalb derer dem Schutz der Menschenwürde und der individuellen Freiheit herausragende Bedeutung zukamen.

Des weiteren sei für die Angeklagten vorhersehbar gewesen, daß sie ihre Rechtfertigung nicht erfolgreich auf die Staatspraxis würden stützen können, wonach Tötungen von Grenzflüchtlingen nicht strafrechtlich verfolgt wurden. Aus der Sicht der Straßburger Richter war die unterlassene strafrechtliche Verfolgung von Grenzverbrechen nicht Ausdruck einer Anwendung geltenden Rechts, sondern vielmehr das Gegenteil. Diese Nichtanwendung des eigenen nationalen Rechts stand – aus der Sicht des Gerichtshofes – auch im eklatanten Widerspruch zur Verfassung der DDR hinsichtlich der hierin enthaltenen Bekenntnisse zum Respekt vor menschlichem Leben auch im Lichte der durch die DDR anerkannten entsprechenden internationalen Grundsätze. Aus der Sicht des Gerichtshofs stellte diese Rechtspraxis nichts weniger dar als die Überformung des den Schußwaffengebrauch betreffenden Gesetzesrechts durch die Begründung eines Rechtsregimes, das direkt auf den brutalen und exzessiven Einsatz von lebensvernichtenden Mitteln gegen Grenzflüchtlinge zielte. Die Staatspraxis der Nichtverfolgung von Grenzverbrechen ging aus Sicht des Gerichtshofs direkt auf die Urheberschaft der Beschwerdeführer zurück und stand im deutlichen Widerspruch zum positivistisch niedergelegten Gesetzesrecht.

*»The applicants, who, as leaders of the GDR, had created the appearance of legality emanating from the GDR's legal system but then implemented or continued a practice which flagrantly disregarded the very principles of that system, cannot invoke the protection of Article 7 § 1 of the Convention.«<sup>32</sup>*

Der Richter am EuGMR Zupancic führte in seiner bemerkenswerten ergänzenden Meinung aus: »To maintain otherwise would make the criminal actor [who has power to direct state practice and manipulate judicial interpretation] a legislator *in casu proprio*.«<sup>33</sup>

Der Gerichtshof stützte sich also ausschließlich auf das in der DDR geltende Recht und gelangte auf diesem Wege zu der Auffassung, daß die Unmöglichkeit der von den Beschwerdeführern vorgebrachten Rechtfertigung für sie vorhersehbar gewesen sei.<sup>34</sup> Damit entschied sich der Gerichtshof gegen ein Heranziehen der *Radbruchformel* und damit auch gegen die von den deutschen Richtern gewählte Argumentation:

zende Gesetze und Bestimmungen, hrsg. vom Ministerium der Justiz; Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1981, S. 86–87.

<sup>32</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>, 81 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 22.03.2001).

<sup>33</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc> (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 22.03.2001) (ergänzende Meinung [concurring opinion] von Richter Zupancic).

<sup>34</sup> Vgl. noch einmal die ergänzende Meinung von Richter Zupancic: »It is important to understand that this judgement does not rely on Article 7 § 2 [the Convention's equivalent of the Radbruch Formula] or on the concept of an 'international offence' in Article 7 § 1.« (Ebd.).

*»Admittedly, the German courts took different approaches to the interpretation of the grounds of justification pleaded by the applicants on the basis of section 27(2) of the GDR's State Borders Act in particular. [...] It is sufficient for the Court to satisfy itself that the result reached by the German courts was compatible with the Convention, and specifically with Article 7 § 1.«<sup>35</sup>*

Welche Bedeutung kommt dieser ausdrücklichen Zurückweisung und Vermeidung der *Radbruchformel* durch den Gerichtshof zu?

### III. Wider Radbruch

Die Entscheidung des Gerichtshofs gegen die *Radbruchformel* ist alles andere als zufällig, und sie ist Ausdruck, auch ohne daß der Gerichtshof die Heranziehung der Formel durch die deutschen Gerichte im einzelnen diskutiert, einer ausgeprägten Sensibilität der Richter gegenüber den sozialen und politischen Gegebenheiten.

Aus der Entscheidung des Gerichtshofs scheint ganz deutlich hervor, daß sich die Richter der Gefahr bewußt waren, daß sich mit einer Anwendung der *Radbruchformel* auf diese Fälle Fragen nach der Vergleichbarkeit der Situation nach 1989 mit der nach 1945 stellen würden. Man kann aus der Entscheidung die Einsicht entnehmen, daß eine solche Parallelisierung der Ereignisse von 1945 und 1989 für eine Strafbarkeitsbeurteilung der Angeklagten gar nicht erst nötig ist.<sup>36</sup> Mehr noch, die Entscheidung des Gerichtshofes kann auch als Ausdruck der Befürchtung verstanden werden, daß eine solche Parallelisierung nicht ohne schwerwiegende Folgen für den weiterhin nicht abgeschlossenen Wiedervereinigungsprozeß in Deutschland bleiben würde.

In der Tat: Die von den deutschen Gerichten eingenommene Position erscheint problematisch erstens mit Blick auf die deutsch-deutschen Beziehungen in der Zeit des kalten Krieges, Beziehungen also, die mit denen zwischen Nazi-Deutschland und dem Ausland kaum als vergleichbar bezeichnet werden können.<sup>37</sup> Zweitens steht eine solche Haltung auch in keinem Verhältnis zu der Art und Weise, in der der Zweite Weltkrieg und der sogenannte Kalte Krieg endeten. Während des Kalten Krieges – jedenfalls ab der Ära Brandt – begegneten die Bundesrepublik wie auch andere westliche Staaten der DDR in einer Form, die bei aller Zurückhaltung zumindest Zeugnis davon ablegte, daß die DDR als staatsrechtliches Subjekt in internationalen Vereinbarungen wie etwa in den Vereinten Nationen oder als Kreditempfänger anerkannt wurde.<sup>38</sup> Hier ist eine bestimmte Legitimität zu erkennen, die der DDR

<sup>35</sup> Streletz, Kessler und Krenz gg. Bundesrepublik Deutschland, Az.: 34044/96, 35532/97 und 44801/98, <http://hudoc.cchr.coe.int/hudoc>, 65–66 (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 22.03.2001).

<sup>36</sup> Auch aus Sicht von Rosenau (Fn. 13), 24 ff., ist ein Vergleich der beiden Epochen nicht erforderlich, um zu einer strafrechtlichen Würdigung des DDR-Grenzregimes und einer Verurteilung der Angeklagten zu kommen.

<sup>37</sup> An diese Überlegungen schließt sich die Überlegung an, daß eine Anwendung der *Radbruchformel* auf Systemunrecht in der Tat nur noch unter Zugrundelegung bestimmter Standards möglich wäre. Staaten, die die juristische Bowältigung ausländischen Systemunrechtes in Angriff nehmen, hätten die Wahl zwischen zwei Strategien: Entweder müßte der Staat, wenn er von der völligen Illegitimität der anderen Rechtsordnung ausgeht, dies als Voraussetzung vorstellen und in der Konsequenz jede rechtliche Beziehung zu dem anderen Staat einstellen (Bsp.: die westliche Politik gegenüber Afghanistan, Nordkorea), oder sich im Wege der gesteigerten Kooperation um die Beeinflussung der ausländischen Machtorgane und die Berichtigung rechtlicher Verfehlungen bemühen (Bsp.: die China-Politik des Westens).

<sup>38</sup> Vgl. etwa David Childs, The GDR: Moscow's German Ally, 1983, S. 80–96, wo sich eine erhellende Diskussion der Ostpolitik Brandts unter Einbeziehung der schriftweisen Naherungen seit der Mitte Neunziger ebenso findet hin zur Verabschiedung des Grundlagenvertrages von 1972; des weiteren vgl. Questions on German History: Paths to Parliamentary Democracy, 1998, S. 388, 408, 419 für eine Beschreibung der intensiven deutsch-deutschen Wirtschaftsbeziehungen. Die Annäherung der beiden Teilstaaten vollzog sich freilich nicht ohne eine beträchtliche und sogar leidenschaftlich zu nennende

zugesprochen wurde und die Nazi-Deutschland spätestens seit der amerikanischen Entscheidung zum »total war« nicht zuteil wurde.<sup>39</sup> Der Zweite Weltkrieg, der mit bedingungsloser Kapitulation, mit internationaler Besatzung, den Nürnberger Urteilen und der – wenn auch sehr ambivalenten – Entnazifizierung endete, schuf einen ganz anderen Hintergrund, vor dem die Entscheidungen der Alliierten getroffen wurden.<sup>40</sup> Hierin kam – trotz des politischen Willens zum Wiederaufbau Deutschlands und seiner Wiedereingliederung – deutlich ein Gewinner-Verlierer-Verhältnis zum Ausdruck. Und genau hier unterscheiden sich beide historische Situationen ganz deutlich voneinander. Bei allen ausgesprochenen und unausgesprochenen Vorbehalten – auf beiden Seiten! – standen sich mit West- und Ostdeutschland am Ende des Kalten Krieges zwei Staaten gegenüber, deren gemeinsames Projekt die Zusammenführung war. Die Haltung des Westens einschließlich der Bundesrepublik gegenüber der DDR und den anderen osteuropäischen Staaten am Ende des Kalten Krieges unterschied sich damit grundsätzlich von den Einstellungen und der verfolgten Politik während und nach dem Zweiten Weltkrieg. Damit ist auch deutlich, daß die DDR im Prozeß der Wiedervereinigung eine andere Rolle einnahm als das im Krieg besiegte Hitler-Deutschland.

Indem der Gerichtshof diese Fragen und die mit ihrer weiteren Thematisierung in der Entscheidung verbundenen Risiken bewußt nicht stellte, gelang es den Richtern statt dessen, das mit den Angeklagten vor Gericht stehende politische System aus einem geo-politischen Kontext herauszunehmen, um eine Entscheidung allein unter Heranziehung des eigenen DDR-Rechts zu begründen. Mit der Zurückweisung der Radbruchformel als Entscheidungsgrundlage nahmen die Straßburger Richter vielmehr das damals geltende Recht des anerkannten Völkerrechtssubjekts DDR ernst und verhalfen ihm damit zur Anerkennung.

Opposition innerhalb der Bundesrepublik. Die ersten zwanzig Jahre waren von der bundesrepublikanischen Einstellung geprägt, keine offiziellen Beziehungen mit der DDR einzugehen. Selbst nach Brandts Ostpolitik war eine große Zurückhaltung gegenüber der DDR nicht zu überschreiten. So findet sich in der Grundlagenvertragsentscheidung des BVerfGE die eindeutige Verurteilung der Mauer als einer Verletzung der Menschenrechte, vgl. BVerfGE 36, 1 (35).

<sup>39</sup> Die Formulierung »total war« ist nicht beschränkt auf den Gebrauch durch Goebbels in seiner Berliner Rede am 18. Februar 1943: »Nun, Volk steh auf, und Sturm brich los!«, Rede im Berliner Sportpalast, in: Der steile Aufstieg, Zentralverlag der NSDAP, München 1944, S. 167–204; vgl. für den englischen Text online: Goebbels, *Speech on Total War at the German Propaganda Archive of Calvin College* (aufgerufen am 8. August 2001) <http://www.calvin.edu/academic/cas/gpa/goeb.36.htm>. Der Gebrauch des Begriffes hier, d. h. aus Sicht der Alliierten, bezieht sich auf die umfassenden »totalen« Kriegsziele im Sinne einer funktionalen Totalität. Vgl. dazu Edward S. Corwin, *Total War and the Constitution*, 1947, S. 4. Diese Totalität der Kriegsziele drückte sich aus in dem Entschluß und der Ausführung der Bombardierung ziviler Ziele, schließlich im Abwurf der Atombomben in Japan. Gleichzeitig bedeutete die funktionale Totalität der alliierten Kriegsführung die »politically ordered participation in the war effort of all personal and social forces, the scientific, the mechanical, the commercial, the economic, the moral, the literary and artistic, and the psychological.« (Ebd.)

<sup>40</sup> In der sogenannten Casablanca Declaration von 1943 bekannten sich die Alliierten ausdrücklich zu ihrem Ziel, eine bedingungslose Kapitulation Deutschlands zu erzwingen. Siehe hierzu Peter Calvocoressi and Guy Wint, *Total War*.