

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 189

**Rechtsphilosophische Aspekte
der „Mauerschützen“-Prozesse**

Von

Knut Seidel



Duncker & Humblot · Berlin

KNUT SEIDEL

Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 189

Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse

Von
Knut Seidel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Seidel, Knut:

Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse /
von Knut Seidel. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zu Rechtstheorie ; H. 189)

Zugl.: Saarbrücken, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09748-3

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: Horst Peter Geibig, Bonn

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 3-428-09748-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes im Sommersemester 1998 als Dissertation angenommen. Gesetzesänderungen sowie Rechtsprechung und Literatur konnten bei der nunmehrigen, überarbeiteten und geringfügig geänderten Fassung der Arbeit bis zum Oktober 1998 berücksichtigt werden. Herr Professor Dr. Alessandro Baratta hat die Arbeit betreut. Für seine stete Gesprächsbereitschaft, seine hilfreichen Denkanstöße, seine kritischen Anmerkungen und seine Anteilnahme danke ich ihm sehr herzlich. Herrn Professor Dr. Wilfried Fiedler danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und für sein Interesse, mit dem er den Fortgang der Arbeit begleitet hat. Ich danke auch ihm für seine konstruktiven Anregungen zur Verbesserung der Arbeit.

Die Freiheit, die ich bei der Entstehung dieser Arbeit in jeder Hinsicht hatte, wurde mir durch ein freundlicherweise von der Konrad-Adenauer-Stiftung gewährtes Promotionsstipendium ermöglicht. Ich danke der Konrad-Adenauer-Stiftung sehr für dieses Stipendium und für das in mich gesetzte Vertrauen. Herrn Dr. Helmut Reifeld von der Konrad-Adenauer-Stiftung danke ich sehr herzlich für seine Betreuung während meiner Stipendiatenzeit. Er hat mich durch seinen persönlichen Einsatz beim Fortgang der Arbeit in aufmunternder Weise unterstützt.

Viele Anregungen in inhaltlicher Hinsicht verdanke ich zwei Diskussionspartnern, die mir mit großer Geduld zur Seite gestanden haben. Ich danke sehr herzlich Herrn cand. iur. Michael Ramb, mit dem ich zahlreiche vertiefte rechtsphilosophische Gespräche geführt habe und der mir mit großem Einsatz bei der Erstellung des Stichwortverzeichnisses geholfen hat. Einen entsprechend großen Dank richte ich in diesem Zusammenhang an Herrn Martin Kühl, Richter am Sozialgericht, der mir insbesondere Dworkins Theorie der richterlichen Entscheidung aus seiner praktischen Sichtweise erhellt hat.

Ich danke meinen Eltern, Renate und Gerhard Seidel, zunächst sehr herzlich für ihre großzügige Unterstützung, die es mir in meinem Studium erlaubt hat, mich den Bereichen zu widmen, die die Entstehung dieser Arbeit vorbereitet haben. Weiterhin schulde ich ihnen großen Dank für ihre Anteilnahme und Unterstützung bei der Entstehung der Arbeit selbst, wobei meiner Mutter für ihr verständiges Korrekturlesen ein zusätzlicher Dank gilt. Zu einem besonders großen Dank verpflichtet bin ich meinen Eltern, sowie auch meinen Schwiegereltern, Sevim und Özer Altay Akman, für die meiner Frau Burcu Seidel, für

die unseren Kindern Sarah und Simon sowie für die mir in den letzten Jahren umfangreich gewährte Hilfe und Unterstützung. Der Fortgang der Arbeit wäre ohne diesen Einsatz meiner Eltern und meiner Schwiegereltern so nicht möglich gewesen.

Den allergrößten Dank schulde ich jedoch meiner Frau, die diese Arbeit von ihren Anfängen bis zur Drucklegung mit stetem Interesse und geduldigem Zuspruch begleitet hat.

Bonn, im Oktober 1998

Knut Seidel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
<i>Erstes Kapitel</i>	
§ 27 DDR-GrenzG	17
I. Der Ausgangspunkt	17
II. Die gegenwärtige Diskussion	21
1. Positivrechtliche Grundlagen	21
a) Die Anwendbarkeit des DDR-Rechts	21
b) Geltung des DDR-Rechts nach innerstaatlichen Grundsätzen	23
2. Tatbestandliche Voraussetzungen von § 27 DDR-GrenzG im einzelnen	27
a) Die Handlungseröffnung für die Grenzsoldaten	27
b) Formal-legale Handhabung des § 27 DDR-GrenzG	29
c) Anknüpfung an Wortlaut und „Staatspraxis“ der DDR	35
d) Staatspraxis der DDR und Radbruchsche Formel	37
e) Staatspraxis der DDR und „menschenrechtsfreundliche“ Interpretation	49
f) Die Frage der Erforderlichkeit von Strafe	52
3. Die empiristische Handhabung des DDR-Rechtssystems	52
a) Wirkliches Staatswesen	52
b) Verhältnis zum übergesetzlichen Recht	56
c) Strafbedürfnis nach dieser Ansicht	60
<i>Zweites Kapitel</i>	
Radbruchs Rechtsidee unter dem Einfluß der dualistischen Weltanschauung	61
I. Die dualistische Weltanschauung	61
1. Radbruchs „bleibende Grundlage“	61
2. Lasks Rechtsphilosophie und der Neukantianismus	65
a) Der Wertbegriff	65
b) Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft	67

3.	Radbruchs Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie des Rechts	69
	a) Radbruchs „vier Haltungen“	69
	b) Rechtsphilosophie als Wertphilosophie	74
II.	Radbruchs Rechtsidee	74
	1. Die Funktion der Rechtsidee	74
	2. Das erste Element der Rechtsidee: Gerechtigkeit	75
	a) Gerechtigkeit als Gleichheit	75
	b) Gerechtigkeit und Rechtsbegriff	79
	3. Das zweite Element der Rechtsidee: Zweckmäßigkeit	80
	a) Die Wertbegründung des Rechts	80
	b) Radbruchs Wertrelativismus	88
	4. Das dritte Element der Rechtsidee: Rechtssicherheit	97
	5. Antinomien und Einheit der Rechtsidee	99
	a) Radbruchs Antinomienlehre	99
	b) Die Einheit der Rechtsidee	103

Drittes Kapitel

	Rechtspositivismus und Naturrecht, Verpflichtung durch das Recht und Rechtsgeltung	107
I.	Rechtspositivismus und Naturrecht im Werk Radbruchs	107
	1. Radbruchs Wandel	107
	a) Radbruchs eigene Stellungnahme	107
	b) Radbruch im Urteil seiner Interpreten	112
	2. Trennungsthese und Verbindungsthese	115
II.	Rechtsgeltung und die Idee rechtlicher Verpflichtung	118
	1. Radbruchs Rechtsgeltungslehre	118
	a) Die juristische Geltungslehre	118
	b) Die historisch-soziologische Geltungslehre	126
	c) Die philosophische Geltungslehre	127
	2. Die Rechtsidee als Bewertungsschema	138
III.	Rechtsphilosophie Radbruchs und „Mauerschützen“-Debatte	140
	1. Eignung der Radbruchschen Rechtsphilosophie zur Bewertung der Dis- kussion	140
	2. Normerfordernisse und das hermeneutische Problem	142
	a) Rechtsbegriff und Rechtsstaat	142
	b) Rechtswissenschaft und Fremdrechtsordnung	146

Viertes Kapitel

Radbruchs Nachkriegsrechtsphilosophie	153
I. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht	153
1. Die Radbruchsche Formel in ihrer Zeit	153
a) Andere Entwürfe	153
b) Erfolgsgründe	156
2. Umbruch oder Entwicklung in Radbruchs Werk?	159
a) Von der Trennungsthese zur Verbindungsthese	159
b) Akzentverschiebung und Fortentwicklung	162
3. Die Radbruchsche Formel	165
a) Die Mehrdeutigkeit des Formelbegriffs	165
b) Gesetzliches Unrecht der ersten und der zweiten Kategorie	167
c) Formelverständnis in Lehre und Rechtsprechung	169
d) Argumente gegen die zweite Kategorie des gesetzlichen Unrechts	174
e) Argumente gegen die erste Kategorie des gesetzlichen Unrechts	176
II. Theoretische Fragen	179
1. Das übergesetzliche Recht: Naturrechtssystem oder Geltungsgrenze?	179
a) Radbruchs Widersprüche	179
b) Die Umkehrung der Geltungsvermutung	184
2. Die Funktionsneubestimmung der Rechtsidee	186
3. Die Materialisierung der Rechtsidee und deren Grenzen	190
a) Zweckmäßigkeit	190
b) Gerechtigkeit	193
III. Praktische Probleme	196
1. Das gesetzliche Unrecht und seine Folgen	196
a) Die Wehrlosigkeitsthese	196
b) Übergesetzliches Recht nach dem Ende des Unrechtsstaats	199
2. Übergesetzliches Recht und § 27 DDR-GrenzG	205

Fünftes Kapitel

**Das Regelmodell der Rechtsordnung
und das Prinzipienargument**

I. Hart	209
1. Das Rechtssystem als Einheit von primären und sekundären Regeln	209
a) „Weiteres Rechtskonzept“ versus „engeres Rechtskonzept“	209
b) Der Regelbegriff	211
c) Primäre und sekundäre Regeln	213

2.	Rechtsgeltung bei Hart	216
a)	Status und Inhalt der Erkenntnisregel	216
b)	Regelmäßiges und regelgemäßes Handeln	218
c)	Die Weite der Erkenntnisregel	221
d)	Minimalinhalt des Naturrechts als Korrektiv der Erkenntnisregel?	222
3.	Konsequenzen des weiteren Rechtsbegriffs	225
a)	Die Idee der Verpflichtung bei Hart	225
b)	Harts Einwände gegen den engeren Rechtsbegriff	226
II.	Dworkin	231
1.	Nutzen und Herkunft des Prinzipienarguments	231
a)	Die Ergänzung des Unrechtsarguments durch das Prinzipienargument	231
b)	Dworkins Rechtsphilosophie und der Rechtspositivismus	232
2.	Dworkins Positivismuskritik in „Taking Rights Seriously“	235
a)	Das „Gerüst des Positivismus“ nach Dworkin	235
b)	Dworkins Gegenentwurf	238
3.	Die Idee der Verpflichtung und der Rechtsgeltung bei Dworkin	245
a)	Dworkins Kritik an Hart	245
b)	Die Idee der Verpflichtung bei Dworkin	246
c)	Die Lösung von der Verpflichtung und die Frage der Rechtsgeltung.	249
d)	Die Rechtsgeltung im Rahmen der interpretativen Theorie des Rechts	253
4.	Dworkins Rechtsphilosophie und die „Mauerschützen“-Debatte	256
III.	Weiterer Rechtsbegriff und Strafbarkeit	257
1.	Konstitutiv-rückwirkende Strafbarkeitsbegründung	257
2.	Gesetzgeber und weiterer Rechtsbegriff	262
	Ergebnis	265
	Literaturverzeichnis	279
	Sachwortverzeichnis	309

Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 31.7.1973 zum Grundlagenvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR die Verhältnisse an der innerdeutschen Grenze „mit Mauer, Stacheldraht und Schießbefehl“ zutreffend als „unmenschlich“ charakterisiert¹. Zwischen 1949 und 1989 starben mindestens 250 Menschen durch den Schußwaffeneinsatz von Grenzposten und durch Grenzsicherungsanlagen der DDR, mehr als 300 Personen wurden verletzt². Die Opfer an der innerdeutschen Grenze kamen häufig auf grausame Art und Weise zu Tode³. Wenigstens 1200 Fälle sind bekannt, in denen Menschen zur Aufgabe ihres Vorhabens, die DDR zu verlassen, gezwungen wurden, indem Grenzposten sie gezielt beschossen, ohne daß es zu Toten oder Verletzten kam⁴.

Seit der Vereinigung der beiden deutschen Staaten im Jahr 1990 führt die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland Verfahren wegen der zahlreichen Opfer an der innerdeutschen Grenze durch. Angeklagt werden die für strafrechtlich verantwortlich gehaltenen Täter, gleich ob sie einen unmittelbaren oder einen mittelbaren Tatbeitrag durch ihr Tun oder ihr Unterlassen in der DDR geleistet haben. Die Strafverfahren richten sich daher sowohl gegen einzelne DDR-Grenzposten als auch gegen diejenigen, die politische oder militärische Befehlsgewalt in den Angelegenheiten der DDR-Grenzsicherung innehatten. Im Rahmen der strafrechtlichen „Vergangenheitsbewältigung“⁵ nehmen

¹ *BVerfGE* 36, 1 (35). Ebenso *BVerfG* NJ 1997, 19 (21).

² *Schaefgen*, RuP 1992, 191 (192 f.). Nach Feststellung des *LG Berlin*, Urteil v. 16.9.1993 – (527) 2 Js 26/90 Ks (10/92) – , S. 16 (insoweit in NJ 1994, 210 ff. nicht abgedruckt), ist die genaue Zahl der Opfer nicht bekannt, jedoch sei allein bei den Todesopfern von einer Zahl von über 200 auszugehen. *Wolff*, in: Lampe, Deutsche Wiedervereinigung, S. 67 geht von „etwa“ 200 Todesopfern an der Mauer aus (eine Zusammenfassung der Beiträge in dem von Lampe herausgegebenen Buch findet sich bei *Arnold*, NJ 1992, 254 ff.). *Hirsch*, Rechtsstaatliches Strafrecht, S. 13 spricht von „circa“ 800 Opfern; *Aretz*, Die DDR – ein Unrechtsstaat?, S. 9 von „etwa“ 900 Opfern; *Grafe*, DA 1997, 377 (380) von 470 getöteten Menschen (unter Berufung auf die Zentrale Ermittlungsstelle für Regierungs- und Vereinigungskriminalität in Berlin).

³ Dazu nur folgende Hinweise: Der siebzehn Jahre alte Peter Fechter verblutete am 17.8.1962 an der Berliner Mauer in den nahezu 50 Minuten, die er unversorgt dort lag, nachdem er angeschossen worden war. Vgl. *LG Berlin* NJ 1997, 408 f. Die Wirkung der an der Grenze eingesetzten Splittermine geht aus *BGHS*: 40, 218 (227) hervor.

⁴ *Schaefgen*, RuP 1992, 191 (193).

⁵ Vgl. zu diesem Begriff in politischer und sozialpsychologischer Hinsicht *Lampe*, in: ders., Deutsche Wiedervereinigung, S. 4 ff. Eine definitorische Festlegung des Be-

diese Verfahren eine herausgehobene Stellung ein. Ihnen ist auch die breitere Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit gewiß, da der Schußwaffengebrauch und die Selbstschußanlagen an der innerdeutschen Grenze nach wie vor exemplarisch für ein repressives System und die menschenrechtsfeindliche Situation in der DDR stehen.

Die bundesdeutschen Gerichte bewegen sich in den „Mauerschützen“-Prozessen in einem Spannungsfeld zwischen rechtsstaatlichen Garantien einerseits, die nunmehr den mutmaßlichen Tätern zugute kommen⁶, dem Bedürfnis ehemaliger Bürger der DDR nach „Gerechtigkeit“ andererseits⁷ sowie dem Vorwurf der „politischen“ Justiz⁸ oder der „Siegerjustiz“⁹. Zum Teil wird auch die

griffs gibt *Jesse*, in: *Jesse/Löw*, Vergangenheitsbewältigung, S. 12 f. Vgl. auch *Ralf Dreier*, ZG 1993, 300 (302); *ders.*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, S. 11 f.; *Ash*, *Lettre International* 40 (1998), 10.

⁶ *Isensee*, in: *ders.*, Vergangenheitsbewältigung durch Recht, S. 101; *Limbach*, ZG 1993, 289 (290). Vgl. auch *Pieroth*, VVDStRL 51 (1992), S. 102 ff. zu Art. 103 II GG. Zu den nur begrenzten Mitteln des demokratischen Rechtsstaats auch *Rüthers*, *Zeitgeist und Recht*, S. 23. Auch *Goydke*, RuP 1997, 127 (134 f.) weist auf die Grenzen des Rechtsstaats hin.

⁷ Beispielhaft dafür steht die Aussage von *Bohley*, zit. nach *Limbach*, ZG 1993, 289 (290): „Wir haben Gerechtigkeit gesucht, aber den Rechtsstaat bekommen.“ Der Wortlaut des Satzes wird abweichend, aber inhaltlich gleichlautend wiedergegeben von *Isensee*, in: *ders.*, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, S. 101; *Roggemann*, *DtZ* 1993, 10 (11/Fn. 7); *von Münch*, *Der Staat* 33 (1994), 165; *Rüthers*, *Zeitgeist und Recht*, S. 22.

⁸ So kommentierte *Modrow*, zit. nach FAZ v. 4.11.1994, S. 2 das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs, das das Urteil des Landgerichts Dresden in Sachen Wahlfälschung gegen ihn aufgehoben hatte, mit den Worten: „[...] damit geht es [...] um die Verfolgung von Kommunisten und Sozialisten.“ *Lüderssen*, *Der Staat geht unter*, S. 138 widerspricht einer solchen Auffassung, denn „man solle wirklich nicht davon sprechen, daß die Justiz mit den Mitteln des Strafrechts versuche, eine politisch mißbilligte Vergangenheit zu liquidieren“. Dem Vorwurf der politischen Justiz widerspricht auch *Limbach*, ZG 1993, 289 (294 f.). Vgl. dazu auch *Sendler*, in: *FS Posser*, S. 127 ff., 136 ff.; *ders.*, *NJW* 1997, 3146 (3147).

⁹ *Schlink*, *NJ* 1994, 433 (435). Auch *Krenz*, zit. nach FAZ v. 19.8.1997, S. 1 sprach in seinem Schlußwort im Politbüro-Prozeß vor dem Landgericht Berlin davon, daß sich in diesen und anderen Prozessen die „siegreiche Macht“ an der „besiegten Macht“ räche. Die Justiz werde für politische Zwecke „mißbraucht“. In dem Verfahren ging es um die Verantwortlichkeit der zuletzt drei SED-Politbüromitglieder *Krenz*, *Kleiber* und *Schabowski* für vier exemplarische Todesfälle an der Berliner Mauer. *Nicolas Becker*, *NJ* 1998, 353 teilt nicht die Auffassung, daß „Siegerjustiz per se etwas Schlimmes“ sei. Er meint, es wäre allerdings besser, sich ehrlich dazu zu bekennen. *Wassermann*, in: *Weber/Piazolo*, *Eine Diktatur vor Gericht*, S. 36 hält das Sprechen von einer „Siegerjustiz“ dagegen für einen „abwegigen Vorwurf“; *Meier*, *Merkur* 52 (1998), 250 (251) schreibt, es sei politisch gesehen „pure Ideologie“. Dagegen auch *Fricke*, *DA* 1995, 1121 (1123); *Schroeder*, *DRiZ* 1996, 81 (84); *Aretz*, *Die DDR – ein Unrechtsstaat?*, S. 7; *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, S. 547; *Sendler*, *NJW* 1997, 3146 (3147); *Körting*, *RuP* 1998, 129 (131). Vgl. dazu auch *Sendler*, in: *FS Posser*, S. 148 ff.; *Ash*, *Lettre International* 40 (1998), 10 (11 f.).

Frage aufgeworfen, ob das Ganze nicht ein von Anfang an vergeblicher Versuch sei, das Unrecht der DDR mit rechtsstaatlichen Mitteln zu bewältigen¹⁰.

Eine Besonderheit der Verfahren liegt darin, daß in der DDR während ihres Bestehens kein Anlaß zu einer Strafverfolgung der Grenzposten oder ihrer Befehlshaber gesehen wurde. Dies gilt in gleicher Weise für die Richter und Staatsanwälte der DDR, gegen die heute Verfahren wegen Rechtsbeugung geführt werden. Den genannten Personengruppen ist gemeinsam, daß sie sich für ihr Handeln grundsätzlich auf Ermächtigungen durch Gesetze der DDR berufen können, wenn auch Streit über die Frage besteht, welchen Umfang diese gesetzlichen Ermächtigungen im einzelnen hatten. Hierin liegt eine Parallele zur Zeit nach 1945. Sie besteht einmal darin, daß die Berufung auf die reine Gesetzmäßigkeit des Handelns erneut als ausreichend für dessen Rechtmäßigkeit angesehen wird. Umgekehrt wiederholt sich der Hinweis darauf, daß bloße Gesetzmäßigkeit zumindest im Ausnahmefall keine Rechtmäßigkeit begründet.

Neben der Feststellung, daß eine Parallele in dieser Hinsicht existiert, sind jedoch zahlreiche Unterschiede zu vermerken, soweit die Situation insgesamt angesprochen wird, vor deren Hintergrund die justitielle Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit erfolgt. Sie steht unter anderen Vorzeichen als die Bewältigung des nationalsozialistischen Unrechts nach 1945. Radbruch schrieb zur damaligen Situation: „Denn auch das Recht hat uns der Nationalsozialismus als Trümmerfeld hinterlassen. [...] Jetzt gilt es, [...] den Rechtsstaat wiederaufzubauen.“¹¹ Dieser Wiederaufbau des Rechtsstaats erfolgte in der DDR nach der Maßgabe des Art. 3 EV auf dem gesicherten Boden des Grundgesetzes. Dies schließt die Notwendigkeit einer ethischen Erneuerung des Rechts aus¹², wie sie nach 1945 erforderlich war.

Ein weiterer Unterschied besteht zwischen der Nachkriegszeit und der Zeit nach 1990 hinsichtlich der legislativen, teilweise auch hinsichtlich der justitiellen Verantwortlichkeit für die strafrechtliche Bewältigung der begangenen Taten. Die legislative Verantwortlichkeit wurde Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg von den Alliierten vollständig abgenommen, indem sie die Rechtsgrundlagen für eine strafrechtliche Verfolgung der Täter des Dritten Reichs schufen. Weiterhin übernahmen die Alliierten mit dem Verfahren gegen die Hauptkriegsverbrecher und mit den Nachfolgeprozessen in Nürnberg auch einen Teil der justitiellen Verantwortlichkeit¹³. Anders ist die Situation nach

¹⁰ *Hénard*, Geschichte vor Gericht, S. 90.

¹¹ *Radbruch*, Die Erneuerung des Rechts (1947), GRGA 3, S. 107.

¹² Vgl. *Evers*, in: FS Marcic (1983), S. 734 („die Wertafeln des GG stimmen mit denen des Naturrechts aufs Ganze gesehen überein“); *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 552 („die moralischen Grundsätze des Naturrechts sind in den modernen Verfassungsstaaten positives Recht geworden“). Vgl. aber auch *Hruschka*, JZ 1992, 429 f.

¹³ Die Vor- und Nachteile einer Durchführung von außen beschreibt *Ash*, *Lettre International* 40 (1998), 10 (11 f.).