



*Boden stecken und sich bemühen, durch die meisten Stöckchen den Sieg im Rechtsstreit zu erringen.*³²

Jeder professionelle Jurist kennt diesen Spielcharakter seines Metiers. Und er weiß auch, wie sehr ein humorvoller Vortrag, eine schlagfertig-witzige Antwort, eine wohlplazierte Grimasse seine Chancen verbessert. Denn vor Gericht wird die Kunst sich zu schlagen gekrönt.³³ Der Humor gehört untrennbar zum Spiel, das Spiel untrennbar zum Rechtsstreit. So schließt sich der Kreis. Die Karten werden neu gemischt. Es darf gelacht werden.

Und wenn Sie, liebe Leserin und lieber Leser, kurz vor dem ersten oder zweiten Staatsexamen stehen, und naturgemäß wenig Lustiges in den Tiefen der Sicherungsgrundschuld oder des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns finden, dennoch über diesen kleinen Artikel lachen konnten, dann freut es den Autor. Falls nicht, kann ich Ihnen nur noch mit den Worten eines Menschen, der es *als Jurist* nicht so weit ge-

bracht hat, raten: »Willst Du diesen Brief (Anm des Verf: gilt für Aufsätze analog) in derselben Stimmung lesen, in welcher er geschrieben ist, so trinke erst 1 Fl Madeira.«³⁴

32. *Huizinga* Homo ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel, Kapitel 4. Das Buch erschien zuerst 1938. Ich benutze die deutsche Übersetzung von *H. Nachod* die 1956 in der Reihe *rowohlt's deutsche enzyklopädie* erschien.

33. *Walter Rode* Knöpfe und Vögel, Lesebuch für Angeklagte, Berlin 1931, S 143

34. *Otto von Bismarck* Brief vom 14. 11. 1833 an Gustav Scharlach. Vgl *A. Zeising*, Vom jungen Bismarck, Briefwechsel Otto von Bismarcks mit Gustav Scharlach, Weimar (1912), S 11. Bismarck bestand das sogenannte Auskulturator-Examen (das dem späteren 1. Staatsexamen entsprach) 1835 nachdem er »das Studentenleben gründlich genoß, aber doch mit lebhaftem Geist seine Kenntnisse und seine Anschauungen bereicherte« (*Meyers Konversations-Lexikon*, 1895). Das waren noch Zeiten.

■ Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer

Dr. Kai Ambos, Max-Planck-Institut für ausländ. und internat. Strafrecht, Freiburg i. Br.

Die zentrale Frage der Mauerschützenfälle, scil ob der »normale« Todesschuß an der Grenze – also keine Exzeßtat¹ – von § 27 II DDR-GrenzG² gedeckt ist und dieser Rechtfertigungsgrund auch – wegen Art 103 II GG – anzuerkennen ist, wurde im innerstaatlichen Recht mit der Entscheidung des *BVerfG* abschließend entschieden.³ Das Gericht folgt dabei im wesentlichen der Argumentation des *BGH*, was – trotz der noch ausstehenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁴ – Grund genug ist, diese im folgenden systematisch darzustellen und kritisch zu würdigen. Dabei kann zwischen der Rechtswidrigkeit des Handelns der unmittelbaren Täter (Grenzsoldaten) und der Hintermänner (Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats, Generäle) unterschieden werden.

I. Die Rechtswidrigkeit des Handelns der Grenzsoldaten

Auch der *BGH* geht bei »normalen« Mauerschützenfällen davon aus, daß die Voraussetzungen des GrenzG und damit eine Rechtfertigung nach DDR-Recht vorliegen. Im Gegensatz zu den landgerichtlichen Vorinstanzen nimmt er dabei eine, an der Staatspraxis der DDR orientierte, nicht westlich-rechtsstaatliche Auslegung des GrenzG vor. Da diese Staats-

1 Nach hiesiger Ansicht liegt ein Exzeß dann vor, wenn sich die Tat sich nicht mehr im Rahmen des durch § 27 GrenzG normierten Erlaubnistatbestandes bewegt. Ein insoweit eindeutiger Fall lag BGHSt 39, 353 zugrunde: Der schon gestellte und sich ergebende Flüchtling wurde erschossen. In solchen »Hinrichtungsfällen« fehlt es schon an der Rechtfertigungslage nach § 27 GrenzG; im übrigen kann Mord (hier: Heimtücke) vorliegen, BGHSt 39, 353, 366 ff. Aber auch weniger extreme Fälle, wie etwa hier das Schießen ohne Warnung oder sofortiges Dauer- statt Einzelfeuer, stellen Exzesse dar. Die Strafbarkeit dieser Exzeßstaten kann nur in Frage stellen, wer auch eine faktische Nichtverfolgung im Sinne eines extremen Positivismus oder bloßer Faktizität von Art 103 II GG gedeckt sieht (vgl vor allem *Jakobs* in: *Isensee* (Hrsg) *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, S 51 ff; zusammenfassend *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 f; zum Exzeß im Zusammenhang mit NS-Unrechtstaten *Jäger* *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1967, S 22 ff).

2 Nach § 27 II 1 GrenzG war die Anwendung der Schusswaffe grundsätzlich gerechtfertigt, um ein Verbrechen zu verhindern. Als »Verbrechen« wurde regelmäßig ein sog »ungesetzlicher Grenzübertritt« (§ 213 DDR-StGB) gewertet. Nach der allgemeinen Befehlslage sollten Grenzüberschreitungen zwar nach einem allgemeinen, in § 27 GrenzG festgelegten Handlungsschema möglichst ohne Tötung des Flüchtenden verhindert werden, doch galt als Faustregel: »Besser der Flüchtling ist tot, als daß die Flucht gelingt«.

3 *BVerfG* NJW 1997, 929 = EuGRZ 1996, 538 = StV 1997, 14 = NJ 1997, 19 = JZ 1997, 142 m Anm *Starck*. Näher unten I 3 c

4 Der Angeklagte *Streletz* hat – gemäß Art 25 I EMRK iVm Art 43 f VerfO EuKom – eine Beschwerde an die Europäische Kommission für Menschenrechte gerichtet (FAZ v 29. 11. 1996). Wird sie von der Kommission für zulässig

praxis »durch den Vorrang der Fluchtverhinderung vor dem Lebensschutz gekennzeichnet« gewesen sei, sei auch eine Tötung als letztes Mittel einer Fluchtverhinderung gemäß § 27 GrenzG gerechtfertigt gewesen.⁵

In einem weiteren Prüfungsschritt hält die Rechtsprechung jedoch einen so verstandenen Rechtfertigungsgrund aus naturrechtlich-menschenrechtlichen Erwägungen für unbeachtlich (dazu 1). Nur eine menschenrechtskonforme Auslegung von § 27 II GrenzG könne zu seiner Anwendbarkeit führen (dazu 2); dann liege in der Nichtigkeitserklärung des »menschenrechtswidrigen« § 27 II GrenzG auch kein Verstoß gegen Art 103 II GG (dazu 3). Im Schrifttum sind diese Argumentationsschritte auf erhebliche Bedenken gestoßen (dazu auch unten).

1. Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG aufgrund naturrechtlich-menschenrechtlicher Maßstäbe (Radbruch'sche Formel)?

a) Nach Ansicht des BGH muß ein Rechtfertigungsgrund, der der Fluchtverhinderung Vorrang vor dem menschlichen Leben einräumt, »wegen Verletzung vorgeordneter, auch von der DDR zu beachtender Rechtsprinzipien und wegen eines extremen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip« außer Betracht bleiben.⁶ Zwar müsse eine solche Nichtbeachtung auf »extreme Ausnahmen« beschränkt bleiben,⁷ doch sei sie jedenfalls dann anzunehmen, wenn in dem betreffenden Rechtfertigungsgrund ein »offensichtlich grober Verstoß gegen 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.«⁸ Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit müsse – im Sinne der sog Radbruch'schen Formel⁹ – so unerträglich sein, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen habe (»Unerträglichkeitsformel«). Die Anwendung der Radbruch'schen Formel sei nicht dadurch gehindert, daß sie von ihrem Schöpfer nur im Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Unrecht konzipiert worden sei (und dementsprechend mit mehr Berechtigung von der deutschen Nachkriegsrechtsprechung zur Begründung der naturrechtlichen Ungültigkeit Hitler'scher Befehle angewendet worden ist¹⁰). Der BGH nimmt zwar den – in der Literatur betonten – Unterschied zwischen NS- und DDR-Unrecht »zur Kenntnis«, weicht aber gleichwohl nicht von seiner Rechtsprechung ab.¹¹ Als konkreteren Prüfungsmaßstab bezieht er sich – in Ausfüllung naturrechtlicher Maßstäbe – auf Art 6 und 12 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR),¹² durch den die DDR – spätestens¹³ – seit 1974 durch Beitritt völkerrechtlich gebunden war,¹⁴

ohne ihn allerdings innerstaatlich gemäß Art 51 DDR-Verf ungesetzt zu haben.¹⁵ Auch die Verletzung dieser völkerrechtlichen Normen durch das GrenzG und die geschilderte Staatspraxis »macht es dem Senat unmöglich, ... § 27 des GrenzG ... als Rechtfertigungsgrund zugrunde zu legen.«¹⁶

b) Diese Argumentation sieht sich mehreren Einwänden ausgesetzt.¹⁷ Zunächst ist die Radbruch'sche Formel selbst wenig aussagekräftig. Sie ermöglicht zwar – mittels einer Falsifizierung auf einer ersten Prüfungsstufe – die Feststellung gesetzlichen Unrechts, schafft aber – mangels einer Verifizierung auf einer zweiten Stufe – nicht *übergesetzliches* Recht, das

und begründet gehalten, wird sie dem Gerichtshof vorgelegt (Art 48 a EMRK). Zur völkerrechtlichen Problematik *Ambos StV* 1997, 39, 42; *Kemtnner NJW* 1997, 2298, der die restriktive deutsche Ansicht für völkerrechtlich »überholt« hält ...

5 Vgl BGHSt 39, 1, 14; ebenso BGH NJW 1993, 1932, 1935

6 BGHSt 39, 1, 15; ebenso BGH NJW 1993, 1932, 1935; 1994, 2703, 2705; 1994, 2708, 2709 f; 1995, 2728, 2730 ff (ausdrückl Bestätigung entgegen der Kritik in der Literatur); BGH NJW 1995, 2732, 2733; offengelassen von BGH NJW 1997, 1245, 1246 (Tötung eines bewaffneten Fahnenflüchtigen); dazu *Ann Ambos, NStZ* 1997, 492 f. Vgl a die systematische Erfassung v Rspr und Literatur bei *Arnold*, in: *Eser/Huber* (Hrsg), *Strafrechtswicklung in Europa*, 1997, 172 ff, 227 ff

7 Ein bloßer Verstoß gegen den »ordre public« reiche etwa nicht aus (BGHSt 39, 1, 15); so aber *Küpper/Wilms ZRP* 1992, 91, 93

8 BGHSt 39, 1, 15 f

9 *Radbruch SJZ* 1946, 105, 107: »Der Konflikt zwischen der Rechtsicherheit und der Gerechtigkeit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive ... Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Gesetz« der Gerechtigkeit zu weichen hat« (Herv d Verf). Zum richtigen Verständnis der Radbruch'schen Formel *Arthur Kaufmann NJW* 1995, 81, 83; *Sprenger NJ* 1997, 3, 5 f

10 OGHSt 1, 321, 324; 2, 231, 233; 2, 269, 271 f; BGHSt 2, 173, 177; 2, 234, 237 ff; 3, 110, 128; 3, 357, 362 f

11 BGH NJW 1995, 2728, 2730 f mit zahlreichen Nachweisen aus der – unübersehbaren – Literatur; ähnlich *BGH NStZ-RR* 1996, 323, 324

12 BGBl 1973 II 1534

13 BGHSt 39, 1, 16 geht von 1974, BGH NJW 1994, 2708, 2709 aber vom 8. 11. 1973 aus; hinsichtlich des Inkrafttretens gehen beide Entscheidungen vom 23. 3. 1976 (GBl II 108) aus.

14 Gbl DDR II 57. Der BGH folgert jedoch auch vor der völkerrechtlichen Bindung an den IPbPR die Unwirksamkeit von § 27 GrenzG aus ungeschriebenen Menschenrechtsgrundsätzen (BGH NJW 1994, 2708, 2709 f).

15 Darauf kommt es für die völkerrechtliche Bindung nicht an (vgl Art 46 I Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 1985 II 926. Zutreffend – allerdings ohne die richtige völkerrechtliche Begründung – insoweit BGHSt 39, 1, 16 f unter Verweis auf DDR-Autoren; BGH NJW 1995, 2728, 2731

16 BGHSt 39, 1, 16 ff, 22

17 Zustimmung etwa *Eser FS für Odersky* 1996, S 337, 339 mwN in Fn 13; *Herzog* (Hrsg) *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze*, 1993, S 47



an dessen Stelle treten könnte.¹⁸ So entstehen ein »normatives Vakuum«,¹⁹ eine Regelungslücke,²⁰ die auch durch den Rückgriff auf naturrechtliche Maßstäbe nicht gefüllt werden können.²¹ Doch selbst die die Anwendung der Radbruch'schen Formel tragenden Prämissen sind sehr strittig. Zunächst ist schon fraglich, ob die einschlägigen Vorschriften (§§ 27 GrenzG iVm 213 DDR-StGB) überhaupt ein solch extremes und unerträgliches Unrecht, wie von Radbruch vorgestellt, darstellen. Dagegen spricht zum einen – wie auch vom BGH grundsätzlich anerkannt –, daß das NS- mit dem SED-Unrecht nicht vergleichbar ist, Radbruch sich aber nur auf ersteres bezogen hat;²² zum anderen stand § 213 DDR-StGB (illegaler Grenzübertritt) der Makel des Unrechts nicht auf der Stirn geschrieben.²³ So können allenfalls schwere Zwischenfälle an der Mauer, scil. Exzeßstaten, den von Radbruch ins Auge gefaßten Unrechtsgehalt erreichen.²⁴ Geringeres Unrecht in Form positiven Rechts ist aber, so der von der Rspr nicht zitierte erste Teil der Radbruch'schen Formel, hinzunehmen.²⁵ Die mit der Formel einhergehende Renaissance des Naturrechts gerät schließlich auch in Konflikt mit dem *Bestimmtheitsgebot* (*lex scripta*), da es nicht nur ein Naturrecht gibt und sich von vorneherein ein sozialistisches erheblich von einem westlichen Naturrechtsverständnis unterscheiden wird.²⁶

Auch der – grundsätzlich begrüßenswerte²⁷ – Verweis auf die Menschenrechte, insbes Art 6 und 12 IPbPR, hilft nicht weiter. Schon aus völkerrechtlicher Sicht ist sehr zweifelhaft, ob das Grenzregime einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften darstellt.²⁸ Der Wortlaut von Art 12 III macht deutlich, daß den Vertragsstaaten ein erheblicher Ermessensspielraum hinsichtlich ihrer Grenzregelungen und -sicherung gelassen werden sollte.²⁹ Die genannten Vorschriften alleine enthalten auch unmittelbar keine völkerrechtlichen Bestrafungspflichten. Solche ließen sich zwar für bestimmte internationale Verbrechen, insbesondere Verbrechen gegen die Menschlichkeit,³⁰ begründen;³¹ doch können die Todesschüsse an der Mauer weder als solche klassifiziert werden³² noch hätte eine solche völkerrechtliche Verpflichtung unmittelbar innerstaatliche Konsequenzen.³³ Insoweit kommt auch der (mangelnden) Transformation des IPbPR durch die DDR erhebliche Bedeutung zu. Der BGH verkennt, daß erst der innerstaatliche Vollzug eines völkerrechtlichen Vertrags auch entsprechende innerstaatliche Verpflichtungen begründet. Dies folgt insbesondere auch aus Art 103 II GG (Bestimmtheitsgrundsatz).³⁴ Stellt man zudem auf die DDR-Sicht, also die Grundsätze sozialistischer Gesetzlichkeit ab, läßt sich die Bedeutung des IPbPR nicht eindeutig beurteilen, da sich in der DDR-Literatur und in offiziellen Verlautbarungen widersprüchliche Äußerungen finden.³⁵ Schließlich stellt der Rückgriff auf den IPbPR letztlich nur eine »Verlegenheitslösung«³⁶ dar, wie die Rechtsprechung zur Geltung menschenrechtlicher Grundsätze vor Inkrafttre-

ten des IPbPR zeigt.³⁷ Letztlich will der BGH die schwammigen naturrechtlichen Maßstäbe durch Berücksichtigung der Menschenrechte empirisch absichern («empirisches Naturrecht»³⁸). Doch ist dies nur möglich, wenn auch menschenrechtliches Vertragsrecht existiert und dieses außerdem durch »case law«

18 Vgl insbes Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 82; auch S 85, klärend zu den Begriffen »übergesetzlich« im Gegensatz zu »überpositives« Recht und »Naturrecht«

19 Jakobs GA 1994, 1, 12, 13 f

20 Pawlik GA 1994, 472, 481 f

21 Vgl insbes Jakobs Strafrecht-AT, 2. Aufl 1993, 5/29, der darauf hinweist, daß selbst die Unwirksamkeit der Rechtfertigungswirkung des Schießbefehls die Strafbarkeit nicht »wiederherstellen« könne; ähnlich Dreier JZ 1997, 421, 428 f, wonach ein naturrechtliches Ersatzrecht nicht intendiert sei. Dagegen BGH NJW 1995, 2728, 2732: Bei Nichtigkeit des Rechtfertigungsgrundes bleibe der Tatbestand des Totschlags (§§ 112 f DDR-StGB) anwendbar. Es geht aber um die Strafbarkeit als Ganzes, nicht nur die Tatbestandsmäßigkeit. Zur Naturrechtsidee in der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 1945: Faller JöR 1995, 1

22 Vgl Radbruchs Hinweis auf die »singulären Verhältnisse der zwölf Nazi-Jahre« (bei Salinger Radbruch'sche Formel, 1993, S 34)

23 So Arnold/Kühl JuS 1992, 991, 995 Fn 68; ähnlich Dannecker Jura 1994, 585, 589 f; Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 491 f; Grünwald StV 1991, 31, 36 f; Ott NJ 1993, 337, 339; Arnold JuS 1997, 400, 401 f; Roggemann NJ 1997, 226, 231; im Ergebnis auch Miehe FS für Gitter 1995, S 647, 660. Für extremes Unrecht etwa Hruschka JZ 1993, 665, 667; Laskowski JA 1994, 151, 162 f; wohl auch Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 84, wenn er schreibt: »... es wäre ungereimt, schweres Unrecht deshalb nicht schweres Unrecht zu nennen, weil es noch weitaus schlimmeres Unrecht gegeben hat.«

24 Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 83, 84 f; Dreier FS für Kaufmann 1993, S 57, 68; Alexy Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, S 22; Frowein/Peukert EMRK-Kommentar, 2. Aufl 1996, Art 7 Rn 8

25 Vgl Fn 9

26 Vgl etwa Amelung JuS 1993, 637, 640. Weiter kritisiert Grünwald Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, S 14 die punktuelle Betrachtungsweise der Radbruch'schen Formel; ähnlich Pawlik GA 1994, 472, 479 f

27 So vor allem Fiedler Ost EuR 1993, 259, 265; ders JZ 1993, 206, 207

28 Ablehnend Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 185, 186 f. Ihm zustimmend Amelung JuS 1993, 637, 640 f; Ott NJ 1993, 337, 341 ff; Dreier JZ 1997, 421, 425. Dabei kommt es auch darauf an, ob man auf den bloßen Gesetzestext oder die Staatspraxis abstellt.

29 Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 186; Laskowski JA 1994, 151, 159 f; zurückhaltend auch Jung JuS 1993, 603

30 Darunter fallen besonders schwere Verbrechen systematischer Art und massenhaften Charakters (vgl Ambos 7 European Journal of International Law 1996, S 536 f)

31 Vgl näher Ambos Strafflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997, S 163 ff

32 Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 181 f; Pawlik GA 1994, 472, 473; Laskowski JA 1994, 151, 161; Ott NJ 1993, 337, 339 f

33 Vgl näher Ambos StV 1997, 39, 41 f

34 Im Ergebnis ebenso Dannecker Jura 1994, 585, 590 f; Gropp NJ 1996, 393, 395 f; Amelung JuS 1993, 637, 641; ders GA 1996, 51, 56; ders NStZ 1995, 29, 30; aA Fiedler JZ 1993, 206, 207

35 Vgl Herrmann NStZ 1993, 118, 119

36 Gropp NJ 1996, 393, 396

37 Vgl Fn 14

38 Amelung NStZ 1995, 29, 30. Ähnlich Dreier JZ 1997, 421, 427 (»Naturrecht im Gewande des Völkerrechts«).

ausreichend konkretisiert ist; in anderen Fällen muß man auf Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze³⁹ zurückgreifen, Kategorien also, die dem innerstaatlichen Bestimmtheitsgebot (Art 103 II GG) kaum entsprechen dürften (dazu auch unten).

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß auch die bundesdeutschen Vorschriften des unmittelbaren Zwangs (§ 11 UZwG) und des allgemeinen Polizeirechts (vgl etwa §§ 53 f PolG Ba-Wü) die Anwendung der Schußwaffe erlauben. So sprach der BGH im Jahre 1988 einen Grenzbeamten frei, der einen fliehenden Motorradfahrer von hinten erschossen hatte.⁴⁰ Nach *Amelung* hält der BGH diesen und die Mauerschützenfälle wegen der inneren Tatseite für unvergleichbar: Im Motorradfall habe der Täter nur bewußt fahrlässig gehandelt,⁴¹ in den Mauerschützenfällen liege regelmäßig bedingter Vorsatz vor. Im übrigen sei der Schußwaffengebrauch auf die Verteidigung zu beschränken.⁴² Die Unvergleichbarkeit zwischen Todesschüssen nach DDR- und bundesdeutschem Recht folgt aber doch eher aus dem unterschiedlichen Verständnis der Verhältnismäßigkeit. Wenn das GrenzG und die darauf beruhende Praxis in letzter Konsequenz den Tod des Flüchtlings zur Fluchtverhinderung in Kauf nimmt, ja anordnet, kann – nach rechtsstaatlichem Verständnis – eine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt nicht stattfinden, denn das Grenzregime hat die Abwägung zugunsten der Fluchtverhinderung vorentschieden. Demgegenüber kommt es nach dem einschlägigem bundesdeutschen Recht darauf an, ob durch die Flucht wichtige Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dergestalt gefährdet werden, daß ein Todesschuß gerechtfertigt erscheinen kann; es soll also eine echte Abwägung im Einzelfall stattfinden.⁴³

2. Menschenrechtskonforme Auslegung?

a) Geht man mit der Rspr von der Menschenrechtswidrigkeit und damit Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG aus, ist weiter zu fragen, ob man doch zu einer Anwendung von § 27 GrenzG kommen kann, indem man ihn menschenrechtskonform auslegt.⁴⁴ Dies ist allerdings logisch nicht zwingend, denn geht man von der (naturrechtlichen) Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG aus, hat man das gewünschte Ziel, scil die Ausschaltung dieses Rechtfertigungsgrundes erreicht, und könnte sogleich mit der Prüfung des Art 103 II GG beginnen. Der BGH baut diesen Zwischenschritt jedoch gerade ein, um ein Tatzeitrecht zu konstruieren, das eine Bestrafung ohne einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot ermöglicht.⁴⁵

Der BGH geht von den – aus seiner Sicht – im positiven Recht der DDR angelegten Maßstäben einer menschenrechtsfreundlichen Auslegung aus, scil Vorschriften der Verfassung, einfachgesetzlichen Regelungen⁴⁶ und bestimmten politischen Erklärungen.

Daraus (insbesondere aus dem verfassungsrechtlich anerkannten Recht auf Leben und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) ergebe sich, daß § 27 II GrenzG folgendermaßen zu verstehen sei: »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 ... unbewaffneten und auch sonst nicht für Leib oder Leben anderer gefährlichen Flüchtling mit ... Vorsatz, ihn zu töten, geschossen wurde. *Hiernach war die bedingt vorsätzliche Tötung ... von dem in menschenrechtsfreundlicher Weise ausgelegten § 27 Abs 2 GrenzG nicht gedeckt;*«.⁴⁷

b) Im Schrifttum ist diese Ansicht weitgehend auf Ablehnung gestoßen.⁴⁸ Dem BGH wird vorgeworfen, daß er sich in Widerspruch zu seinen Überlegungen zur Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG setze, wenn er

39 Zu den traditionellen völkerrechtlichen Quellen vgl Art 38 Satzung des Internationalen Gerichtshofs (BGBl 1973 II 505 = Sartorius II Nr 2)

40 BGHSt 35, 379

41 BGHSt 35, 379, 386

42 *Amelung* JuS 1993, 637, 639. Dabei bezieht sich *Amelung* wohl auf BGHSt 39, 1, 22, wo ausgeführt wird, daß der Senat *Frowein* (FS für Schneider 1990, S 112, 117) insoweit beipflichtet, als daß in der Bundesrepublik Deutschland der Schußwaffengebrauch gegen Menschen angesichts seiner unkontrollierbaren Gefährlichkeit auch im Grenzgebiet (§ 11 UZwG) auf die Verteidigung von Menschen beschränkt werden sollte.

43 Vgl auch BGHSt 35, 379 (Leitsatz 2)

44 Vgl BGHSt 39, 1, 23 ff; ebenso BGH NJW 1993, 1932, 1935

45 Ähnlich etwa *Herrmann* NSZ 1993, 118, 120; *Schroeder* JR 1993, 45, 49 f

46 Vgl insbes § 95 DDR-StGB, wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht aufgrund von Gesetz, Befehl oder Anweisung, die Grund- und Menschenrechte, völkerrechtliche Pflichten und Souveränität der DDR mißachten, ausgeschlossen wird.

47 BGHSt 39, 1, 25 (Herv d Verf)

48 *Jakobs* GA 1994, 1, 7, 15; *ders* AT (Fn 21), S/29; *Pawlik* GA 1994, 472, 474 f; *Dannecker* Jura 1994, 585, 591 f; *ders/Stoffers* JZ 1996, 490, 492; *Amelung* JuS 1993, 637, 638, 641; *Fiedler* JZ 1993, 206, 208; *Laskowski* JA 1994, 151, 161; *Gropp* NJ 1996, 393, 395; *Herrmann* NSZ 1993, 118, 120; *Günther* StV 1993, 18, 21 ff; *Schroeder* JR 1993, 45, 48 f; *Luchterhand* in: *Schmidt* (Hrsg) *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?* Hamburger Ringvorlesung 1994, S 165, 179 ff; *Arnold* Die »Bewältigung« der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt/M* (Hrsg), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, S 283, 306 ff; *Dreier* JZ 1997, 421, 426 f. Dem BGH insoweit zustimmend *Lüderssen* *Der Staat geht unter – das Unrecht bleibt?*, 1992, S 28 ff, 69 ff, 146 f (= ZStW 104 (1992), 735; vgl auch StV 1991, 482, 486 f), wenn er die DDR anhand ihrer Gesetze beim Wort nehmen will, da die »normative Lebenswelt der ehemaligen DDR ja keineswegs eindeutig bestimmbar ist« (36), und rechtsstaatliche »Mindestanforderungen« im DDR-Recht ausmacht (69 f); auch jüngst JZ 1997, 525 ff, 530, 531 ff für einen »restriktiven Positivismus« und dem BGH »zweierlei Maß« im Hinblick auf die Rechtsbeugungsfälle vorwerfend (ebenso *Roggemann* NJ 1997, 226, 230 f). Zum Meinungsstand instruktiv *Zimmermann* JuS 1996, 865, 868 f; *Arnold/Weigend*, ROW 1997, 81 ff, 89 ff

nun – unter Ausblendung der dort festgestellten menschenrechtswidrigen *Praxis* – vom rein positiven Recht und damit einer »juristischen Scheinwelt«, »fiktiven und lebensfernen dogmatischen Grundannahmen«⁴⁹ ausgehe, um eine menschenrechtskonforme Auslegung des GrenzG begründen zu können. In der Tat ignoriert das Gericht damit – jedenfalls in den Mauerschützenentscheidungen⁵⁰ – die tatsächlichen Verhältnisse des DDR-Rechts, denn dieses war von den Grundsätzen der sozialistischen Gesetzlichkeit, nicht aber westlichen Wertvorstellungen, insbesondere nicht einem individualschützenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, geprägt. Die Gesetze waren »in Übereinstimmung mit den Zielen der DDR« anzuwenden;⁵¹ schon daraus folgt, daß ein fremdes Menschenrechtsverständnis nicht aufgezwungen werden darf.⁵² Eine Anknüpfung an den bloßen Gesetzeswortlaut greift zu kurz, »denn es geht nicht darum, wie sich die DDR selbst darstellte, sondern wie sie war.«⁵³ Geht man hingegen mit dem BGH davon aus, daß schon zu DDR-Zeiten eine menschenrechtskonforme Auslegung möglich war, hätten die Mauerschützen schon nach DDR-Recht bestraft werden müssen. Dies war jedoch, wie Belobigungen, Beförderungen ua zeigen, nicht einmal bei Exzeßstaten der Fall.⁵⁴ – Trotz dieser Kritik blieb der BGH bei seiner Ansicht, daß eine menschenrechtsfreundliche Auslegung schon im DDR-Recht angelegt war.⁵⁵

Wird man dies mit guten und vor allem empirischen Argumenten bestreiten können, so darf jedoch auch die Orientierung an einer westlichen Menschenrechtsvorstellungen nicht entsprechenden Rechtsordnung nicht zu weit getrieben werden. Die systemimmanente Auslegung einer fremden, nicht notwendigerweise ideologiefreudlichen Rechtsordnung leidet immer am sog Problem des Fremdverstehens, dh daran, daß man diese Rechtsordnung üblicherweise aus der Sicht der eigenen Rechtsordnung bewertet, also gerade nicht systemimmanent verstehen kann.⁵⁶ Dem kann man auch nicht durch einen völligen Auslegungsverzicht entgehen,⁵⁷ denn das betreffende Rechtsproblem bedarf ja einer Lösung – und zwar grundsätzlich aus Sicht der betroffenen Rechtsordnung. Diese Lösung muß in einem – die fremde Rechtsordnung grundsätzlich respektierenden und für die eigene Rechtsordnung normativ hinnehmbaren – Mittelweg bestehen. So wird man zwar grundsätzlich von der fremden Rechtsordnung («so wie sie war»⁵⁸) auszugehen haben, aber doch nicht jede Perversion des eigenen Rechtsverständnisses dulden und der eigenen Beurteilung zugrundelegen können. Die im islamischen Recht üblichen Körperstrafen überschreiten etwa westlich-rechtsstaatliches Selbstverständnis und können deshalb auch nicht als normativer Ausgangspunkt einer juristischen Falllösung eines »westlichen« Gerichts Anerkennung finden. Auch sind der Beachtung der *Faktizität* im Sinne einer faktischen Nichtverfolgung menschenrechtsverachtender

Unrechtstaten *normative Grenzen* gesetzt, die nur unter Selbstaufgabe des eigenen Rechtsverständnisses und damit einer Selbstverleugnung preisgegeben werden können.

3. Verstoß gegen Art 103 II GG?

a) Nach Art 103 II GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die *Strafbarkeit* zur Tatzeit gesetzlich bestimmt war (Rückwirkungsverbot). Das Rückwirkungsverbot schützt das Vertrauen des Täters auf die zum Tatzeitpunkt geltende Rechtslage und verhindert damit gesetzgeberische Willkür.⁵⁹ »Strafbarkeit« schließt dabei grundsätzlich die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des inkriminierten Verhaltens ein. Dies bedeutet, daß auch (übergesetzliche) Rechtfertigungsgründe vom Schutzbereich des Art 103 II GG umfaßt sind.⁶⁰ Wird also ein Rechtfertigungsgrund rückwirkend – aus naturrechtlichen Erwägungen zudem – für unbeachtlich erklärt oder menschenrechtskonform so eingeschränkt, daß er die zum Tatzeitpunkt erfaßten Fälle im Verfolgungszeitpunkt nicht mehr erfaßt, könnte darin eine Verletzung des Art 103 II GG liegen. Denn damit wird das *ursprünglich* – mangels Rechtswidrigkeit – *straflose* Verhalten *nachträglich* – durch Beseitigung des Rechtfertigungsgrundes – zum strafbaren Verhalten. Damit wird das frühere Recht zum Nachteil des Angeklagten verändert.⁶¹

b) Zwar teilt die *Rechtsprechung* die dargestellten Prämissen, doch gelangt sie zu einer Vereinbarkeit mit Art 103 II GG.⁶² Sie geht, wie ausgeführt, davon aus, daß die Todeschüsse an der Mauer schon zum Tatzeitpunkt nicht gerechtfertigt waren, da nach DDR-immanenten Maßstäben das Tatzeitrecht »menschenrechtsfreundlich« so ausgelegt werden konnte, daß

49 Fiedler JZ 1993, 206, 208

50 Anders bei der Rechtsbeugung, vgl etwa BGH NJW 1994, 529, 531 f

51 Vgl Amelung JuS 1993, 637, 638; Günther StV 1993, 18, 23; Lüderssen, JZ 1997, 527

52 Herrmann NSStZ 1993, 118, 119

53 Jakobs GA 1994, 1, 15. Dagegen etwa Lampe ZStW 106 (1994), 683, 710

54 Gropp NJ 1996, 393, 395

55 BGH NJW 1995, 2728, 2731

56 Zu diesem, aus der Rechtsvergleichung bekannten Problem in diesem Zusammenhang Lüderssen (Fn 48), S 58 ff; ders JZ 1997, 526 ff; Günther StV 1993, 18, 22 f; Gropp NJ 1996, 393, 395; Roggemann, NJ 1997, 230f

57 So im Grundsatz Günther StV 1993, 18, 22

58 Jakobs GA 1994, 1, 15

59 Vgl Rüping Bonner Kommentar GG, Zweitbearbeitung Loseblatt, 60. Lfg, Mai 1990, Art 103 II, Rn 16 mwN. Grundlegend Schreiber Gesetz und Richter, 1976

60 Vgl BVerfGE 25, 269, 286; Rüping (Fn 59), Rn 50, 60, 67; Schönke/Schröder-Eser StGB, 25. Aufl 1997, § 2 Rn 3; Roxin Strafrecht-AT I, 2. Aufl 1994, § 5 Rn 53; Engels GA 1982, 109, 114 ff

61 Vgl Schönke/Schröder-Eser (Fn 60), § 2 Rn 3 mwN; Roxin AT (Fn 60), § 5 Rn 53

62 BGHSt 39, 1, 26 ff; ebenso BGH NJW 1993, 1932, 1935

die »Todesschüsse« nicht von § 27 II GrenzG gedeckt waren. Sei aber eine solche Auslegung – auch für die DDR-Justiz – möglich gewesen, so sei »der Richter nicht im Sinne reiner Faktizität an diejenige Interpretation gebunden, die zur Tatzeit in der Staatspraxis Ausdruck gefunden hat«⁶³ und die, so ist der Gedanke fortzuführen, in menschenrechtswidriger Weise der Rechtfertigung aufgrund § 27 II GrenzG Geltung verschafft hat. Er habe vielmehr von der menschenrechtskonformen Auslegung auszugehen, so daß die Strafbarkeit schon zum Tatzeitpunkt »gesetzlich bestimmt« gewesen sei, da die – auch nach DDR-Recht tatbestandsmäßige – Tötung eines Flüchtlings nicht durch das GrenzG gerechtfertigt werden konnte. Damit werde auch nicht der aus Art 103 II GG folgende Vertrauensschutzgedanke außer Kraft gesetzt, denn das Vertrauen, daß ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund auch in Zukunft angewandt werde, sei nicht schutzwürdig. Es stelle keine Willkür dar, wenn das Verhalten eines Täters so beurteilt werde, wie es bei richtiger Auslegung des DDR-Rechts schon zur Tatzeit hätte beurteilt werden müssen.⁶⁴ Eine menschenrechtswidrige Auslegung könne schon deshalb nicht gegen Art 103 II GG verstoßen, weil ein so ausgelegter Rechtfertigungsgrund »wegen der Offensichtlichkeit des in ihm verkörperten Unrechts« niemals Wirksamkeit erlangt hätte.⁶⁵

Der BGH hat diese Ansicht später noch einmal »klargestellt«. ⁶⁶ Das BVerfG hat sie, wenn auch mit erheblich weniger Begründungsaufwand, bestätigt.⁶⁷ Es argumentiert wie der BGH mit naturrechtlich-menschenrechtlichen Gerechtigkeitsabwägungen, indem es das Rückwirkungsverbot angesichts des Erlasses eines menschenrechtswidrigen Rechtfertigungsgrundes mit folgender Begründung zurücknimmt: »In dieser ganz besonderen Situation untersagt das Gebot materieller *Gerechtigkeit*, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt, die Anwendung eines solchen Rechtfertigungsgrundes.«⁶⁸

c) Nach Ansicht der überwiegenden *Literatur* stellt die Nichtbeachtung des GrenzG einen Verstoß gegen Art 103 II GG dar.⁶⁹ Die menschenrechtskonforme Auslegung des § 27 GrenzG verstoße gegen das Rückwirkungsverbot, da sie eine nachträgliche menschenrechtliche Umbewertung der tatsächlichen Rechtslage darstelle, damit dem zum Tatzeitpunkt herrschenden Rechtsverständnis widerspreche und deshalb von den damaligen Tätern nicht vorausgesehen werden konnte. Das Rückwirkungsverbot fordere aber gerade, von dem »pervertierten« DDR-Recht auszugehen und dieses, so wie es tatsächlich verstanden und angewendet wurde, auch heute zugrunde zu legen.⁷⁰

Eine solche systemimmanente und von Art 103 II GG geforderte Anwendung von § 27 GrenzG führt zwar zur Straflosigkeit der »normalen« Mauerschützenfälle, doch bleiben Exzeßfälle, einschließlich Fälle

unterlassener Hilfeleistung (Unterlassen lebensrettender Maßnahmen), strafbar, da sie schon nach – dem grundsätzlich anzuwendenden – DDR-Recht strafbar waren.⁷¹ Solche *nachträglichen* Überlegungen zur Strafbarkeit bzw. Strafflosigkeit können allerdings aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung des Rückwirkungsverbots als grundrechtsgleiches, auf den Tatzeitpunkt bezogenes Schutzrecht ohnehin nicht entscheidungserheblich sein. Hätte man den Schutz des Rückwirkungsverbots hinsichtlich bestimmter DDR-Altaten einschränken wollen, hätte dies im Einigungsvertrag geregelt und ein verfassungsänderndes

63 BGHSt 39, 1, 29

64 BGHSt 39, 1, 29 f

65 BGH NJW 1995, 2728, 2730

66 Vgl BGH NJW 1995, 2728, 2731 f, wo (nochmals) betont wird, daß Art 103 II GG weder das Vertrauen auf den Fortbestand einer bestimmten Staats- und Auslegungspraxis schütze noch daß eine *künftige* rechtsstaatliche Ordnung die menschenrechtswidrige Praxis auch in Zukunft nicht sanktionieren werde (Herv d Verf). Dieser Blick in die Zukunft ist aber zum Tatzeitpunkt gerade unmöglich.

67 BVerfG (Fn 3)

68 BVerfG NJW 1997, 929, 930 (Herv d Verf). Krit P. A. Albrecht NJ 1997, 1; Arnold NJ 1997, 115; ders JuS 1997, 400; Dreier JZ 1997, 421, 428, 431 ff; Roggemann NJ 1997, 231; Ambos StV 1997, 39, 41 f

69 Vgl etwa Degenhard in: Sachs GG, 1996, Art 103 Rn 76; Dannecker Jura 1994, 585, 592 f; Dannecker/Stoffers JZ 1996, S 490, 491 f; Laskowski JA 1994, 151, 160 f, 163; Arnold (Fn 48), S 306 ff; Jakobs in: Isensee (Fn 1), S 51; ders GA 1994, 1, 5 ff, 16; Pawlik GA 1994, 472, 483; Grünwald StV 1991, 31, 32; Günther StV 1993, 18, 23 ff; Herrmann NStZ 1993, 118, 120; Kublen/Gramminger JuS 1993, 32, 37; Arthur Kaufmann NJW 1995, 81, 86; Polakiewicz EuGRZ 1992, 177, 188 f; Dreier JZ 1997, 421, 431 ff; wohl auch Neumann in: Lampe (Hrsg) Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR usw, 1993, S 161, 168 ff; differenzierend Gropp NJ 1996, 393, 397 bei Fn 76; Welke KritJ 1995, 369, 376; Lüderssen (Fn 48), S 32, 34, 52, 146 f (zwar das Grenzgesetz, nicht aber informelle, politische Vorgaben für beachtlich haltend; gegen ihn Jakobs GA, aaO; Pawlik aaO, S 476 f); unklar Peschel-Gutzeit/Jenckel Aktuelle Bezüge des Nürnberger Juristen-Urteils usw, in: Peschel-Gutzeit (Hrsg) Das Nürnberger Juristen-Urteil usw, 1996, S 277, 295 ff (zwar das Rückwirkungsverbot mit überpositivem Recht für unvereinbar haltend, aber gleichzeitig die BGH-Rspr begrüßend). – Im Ergebnis der Rspr zustimmend etwa Naucke (Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996, S 47 ff), der auf die faktische Nichtberücksichtigung des Rückwirkungsverbots abstellt; Alexy (Fn 24), S 22 ff, zwar von einer verdeckten Rückwirkung ausgehend (S 30), aber für eine restriktive Auslegung des Art 103 II GG (S 35); Amelung JuS 1993, 637, 642 (menschenrechtliche Auslegung des DDR-Rechts); ders GA 1996, 51, 56; Schroeder JR 1993, 45, 46 f, der dies für die hM hält und nur Gründe für eine Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG anführt; Eser (Fn 17), S 339; Lampe in: ders aaO, S 15, 25 f; Schünemann in: Lampe aaO, S 173, 184 ff; Dreier FS für Kaufmann 1993, S 57, 67 f; Schreiber ZStW 107 (1995), 157, 170; Hruschka JZ 1992, 665, 669 umgeht den »Selbstwiderspruch« der Bindung des Rechtsstaats an rechtsstaatswidriges Recht durch die – unzulässige – Anwendung bundesdeutschen Rechts über § 7 II Alt 2 StGB

70 Vgl insoweit bzgl des NS-Rechts Dencker KritV 1990, 299, 304 ff

71 Sie waren tatbestandlich erfaßt (vgl §§ 111 DDR-StGB) und auch nicht gerechtfertigt (§ 27 GrenzG scheidet aus). Vgl schon Fn 1.



Gesetz erlassen werden müssen.⁷² Da diese Chance verpaßt wurde, gilt das Rückwirkungsverbot auch zugunsten dieser Taten. Wem dies – aus nachvollziehbaren Gründen – unerträglich erscheint, sollte sich zumindest zu einem offenen – statt einem verdeckten – Bruch mit dem Rückwirkungsverbot bekennen.⁷³ Schließlich verleiht der Rückzug auf naturrechtlich-menschenrechtliche Maßstäbe (Radbruch'sche Formel) der Rechtsprechung mit einer »Unangreifbarkeit«⁷⁴ auch eine Unbestimmtheit, die mit dem Bestimmtheitsgrundsatz kaum vereinbar sein dürfte.⁷⁵

Gropp⁷⁶ weist darauf hin, daß das »Abwägungsproblem« zwischen Art 103 II GG und dem Recht auf Leben jedenfalls nicht so gelöst werden könne, daß allen Grenzsoldaten die Garantie des Art 103 II GG genommen werde; vielmehr müßten die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Die von ihm entwickelten Abgrenzungskriterien gehen jedoch nicht über die bekannte Abgrenzung von Normal- und Exzeßstaten hinaus.⁷⁷ Eine grundsätzliche, aber von zahlreichen Ausnahmen durchbrochene Anerkennung des Rückwirkungsverbot bringt weder die erhoffte Rechtssicherheit noch mehr Gerechtigkeit. Es kann dann ebenso der BGH-Lösung gefolgt und individuellen Gesichtspunkten auf der Schuldenebene Rechnung getragen werden. Eine Abwägungslösung setzt sich schließlich auch hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes ähnlichen Angriffen wie die BGH-Lösung aus.

II. Die Rechtswidrigkeit des Handelns der Hintermänner

a) Nach der Rechtsprechung ist das Verhalten der Hintermänner ebenso wegen der Unbeachtlichkeit von § 27 GrenzG rechtswidrig.⁷⁸

b) Geht man allerdings mit der üwL davon aus, daß § 27 GrenzG wegen Art 103 II GG beachtet werden muß, müssen sich auch die Hintermänner auf diese Rechtfertigungsgründe berufen können (Gleichheit vor dem Gesetz, Art 3 GG). Dies erscheint unbillig, wenn man bedenkt, daß sie regelmäßig für das Grenzregime und die damit zusammenhängende Rechtslage mitverantwortlich sind, möglicherweise sogar das GrenzG aktiv mitgestaltet haben. So gesehen entspricht ein solcher Rechtfertigungsgrund einer sog selbstbegünstigenden Amnestie, die nach völkerrechtlichen Grundsätzen unbeachtlich ist.⁷⁹ Aus innerstaatlicher Sicht ist auf den oder die Schutzzwecke des Art 103 II GG (Rückwirkungsverbot) abzustellen:⁸⁰ Der dem Rückwirkungsverbot zugrundeliegende Vertrauensschutzgedanke kann bei Hintermännern eher oder erst recht zurücktreten, denn deren Vertrauen auf die auch zukünftige Geltung eines – von ihnen möglicherweise mitgeschaffenen – Rechtfertigungsgrundes ist aufgrund ihres »Herrschaftswissens« und ihrer einflußreichen Machtposition nicht

oder weniger schutzwürdig als das der regelmäßig unwissenden Tatmittler (scil einfachen Grenzsoldaten).⁸¹ Zutreffend weisen Naucke⁸² und Welke⁸³ weiter darauf hin, daß der Zweck des Rückwirkungsverbots auch in einer Beschränkung der Machthaber und der Schaffung von Gerechtigkeit bestehe. Wenn dem aber so ist, gebietet die ratio des Rückwirkungsverbots – im Sinne einer teleologischen Reduktion – seine Zurücknahme zumindest bei den mächtigen und »bösgläubigen« Hintermännern. Denn würde man deren Nichtbestrafung mit Hilfe des Rückwirkungsverbots garantieren, würde dies seinem Zweck zuwiderlaufen. Das Rückwirkungsverbot ist nicht dafür da, die Perpetuierung faktischer oder normativer Strafflosigkeit derjenigen zu garantieren, die sich selbst die Voraussetzungen dieser Strafflosigkeit geschaffen haben. Diese Überlegungen treffen sich nicht nur mit den naturrechtlichen Gerechtigkeitserwägungen⁸⁴ der BGH-Rechtsprechung und den Stimmen in der Literatur, die aufgrund einer Abwägung im Einzelfall Art 103 II GG *ausnahmsweise* zurücktreten lassen wollen;⁸⁵ sie entsprechen auch dem in Nürnberg und Tokyo und anderen (internationalen) Nachkriegsverfahren praktizierten, an Gerechtigkeitserwägungen orientierten Umgang mit dem Rückwirkungsverbot.⁸⁶ Ein Verstoß

72 Für ein solches Gesetz im Sinne von Art 7 II EMRK, 15 II IPbpr etwa: Dannecker/Stoffers JZ 1996, 490, 494; Laskowski JA 1994, 151, 165; Dencker KritV 1990, 299, 306; Welke KritJ 1995, 369, 381 f; Ambos StV 1997, 39, 42; Kenntner NJW 1997, 2300. In diesem Sinne auch Herrmann NStZ 1993, 118, 121, wenn er eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots bei einem »Kernbereich universal anerkannter Rechtsgrundsätze« fordert.

73 So Dencker KritV 1990, 299, 306 f; Günther StV 1993, 18, 23 f; krit zum verdeckten Bruch des Rückwirkungsverbots: Alexy (Fn 24), S 30

74 Amelung JuS 1993, 637, 640; ebenso Gropp NJ 1996, 393, 396; Laskowski JA 1994, 151, 163. Dagegen Sprenger NJ 1997, 3, 6

75 Jakobs GA 1994, 1, 12; Kuhlen/Gramminger JuS 1993, 32, 37

76 Gropp NJ 1996, 393, 397; auch Arnold (Fn 48), S 305

77 Gropp NJ 1996, 393, 397; ähnlich Spendel RuP 1993, 61, 65, für eine Güterabwägung

78 Vgl insbes BGHSt 40, 218 (= NJW 1994, 2703); BGH, Beschluß v 30. 4. 1997, 5 StR 42/97 (Zurückweisung der Revision im Verfahren gegen die »Generäle«); auch die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, Beschluß v 24. 7. 1997, 2 BvR 1084/97, 1120/97, 1121/97, 1122/97); vgl auch das zweite, noch nicht rechtskräftige Urteil des LG Berlin vom 30. 5. 1997 (FAZ v 2. 6. 1997, 1) und das Politbüro-Urteil (Krenz ua) v 25. 8. 1997 (FAZ v 26. 8. 1997, 1 f; 28. 8. 1997, 5)

79 Vgl dazu Ambos (Fn 31) S 209 ff

80 Dazu insbesondere Schönemann FS für Bruns 1976, S 223, 235, sowie ders in: Lampe (Fn 69), S 173, 184 ff; Welke KritJ 1995, 369, 370 ff

81 Die man in diesem Sinne selbst als Opfer des Grenzregimes betrachten kann (so etwa BGH NJW 1993, 1932, 1937)

82 Naucke (Fn 69), S 55 ff

83 Welke KritJ 1995, 369, 374 f, 377, 381

84 Anders Naucke (Fn 69), S 53 ff, 57, der das Rückwirkungsverbot auch oder gerade aus positivistischer Sicht für »unzuständig« erklärt.

85 Vgl insbes Gropp NJ 1996, 393, 397 sowie bei Fn 77

86 Vgl näher Ambos StV 1997, 39, 40

gegen Art 3 GG würde darin nicht liegen, da ungleiche Fallgruppen (hier mächtige Hintermänner, dort befehlsunterworfenen Befehlsempfänger) auch ungleich behandelt werden dürfen.⁸⁷

c) Wer eine solche fallbezogene Einschränkung des Rückwirkungsverbots – mit guten Gründen! – für inkonsequent hält, wird die schon oben geäußerten Bedenken⁸⁸ auch hier vorbringen können. Dafür spricht insbesondere, daß für individualisierende Betrachtungen nur auf der Schuld-, nicht aber auf der (objek-

tiven) Unrechtsebene Raum ist. Aus dieser Sicht ist es logisch zwingend, auch dem Hintermann § 27 II GrenzG zugute kommen zu lassen – mit all den damit verbundenen, dem Gerechtigkeitsempfinden widerstrebenden Konsequenzen.

87 Vgl. Jarass/Pieroth GG, 3. Aufl. 1994, Art 3 Rn 5
88 Vgl. die Diskussion bei Fn 77

Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments bei der Rechtssetzung

Walter Götz, Ass. iur., Mag. rer. publ., Konstanz

1. Einleitung

Die Aufgaben und Befugnisse des Europäischen Parlaments (EP) als Organ der Europäischen Union (EU) sind in einem komplizierten und auf den ersten Blick kaum durchschaubaren *Regelungsgeflecht* der europäischen Verträge festgelegt. Dabei wird das Verständnis für das EP durch eine Unionsstruktur erschwert, die sowohl in terminologischer als auch rechtsdogmatischer Hinsicht viele Fragen offen läßt.¹ Sobald die Bedeutung des EP zur Sprache kommt, wird nicht selten lediglich auf das »*Demokratiedefizit*« und auf die gegenüber Rat und Kommission schwache Rolle des Parlaments verwiesen. Diese Einschätzung wird jedoch dem tatsächlichen Gewicht dieses parlamentarischen Organs nicht gerecht, schließlich wurden dessen Befugnisse – gerade auf dem Gebiet der Rechtssetzung – beständig ausgeweitet. Auch die im Juni 1997 abgeschlossene *Amsterdamer Konferenz* brachte einige Änderungen im Bereich der Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft (EG).²

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, den gegenwärtigen Stand der Mitwirkungsrechte des EP im Rahmen der Rechtssetzung darzustellen. Der folgende Beitrag beschränkt sich dabei auf die Gesetzgebungsbefugnisse des EP im Rahmen des Gemeinschaftsrechts. Es gibt zwar auch auf dem Gebiet der intergouvernementalen Zusammenarbeit Beteiligungsrechte des Parlaments,³ es handelt sich dabei jedoch nicht um europäische Gesetzgebung im engeren Sinne, da die Normsetzung völkerrechtlichen Grundsätzen folgt und zB eine Anwendung der Rechtsformen des Art 189 EGV ausgeschlossen ist. Schließlich ist der Frage nachzugehen, inwieweit die Funktion des Parlaments als Gesetzgebungsorgan über Amsterdam hinaus weiterentwickelt werden könnte.

2. Das EP als Rechtssetzungsorgan der Gemeinschaft

Das Wesensmerkmal der EG als Teil der ersten Säule der EU ist ihre supranationale Struktur in Gestalt einer eigenen, effektiven *Rechtsordnung*, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar und ohne Transformationsakt gilt. Die wichtigsten Rechtssetzungsakte werden in Art 189 EGV aufgezählt, wobei in der Praxis in erster Linie *Verordnungen* und *Richtlinien* erlassen werden. Die Entscheidung ist nur auf den Einzelfall bezogen, Empfehlungen und Stellungnahmen sind unverbindlich. Eine Unterscheidung der Gesetzgebungsverfahren etwa in bezug auf Richtlinien oder Verordnungen kennt der EGV nicht, beide Legislativakte werden nach den gleichen Grundsätzen erlassen. Zu beachten ist, daß der EGV in einigen Kompetenzvorschriften nicht die in Art 189 EGV aufgezählten Handlungsarten benennt, sondern allgemein von Regelungen, Maßnahmen oder auch nur zweckdienlichen Vorschriften spricht.⁴ In diesem Falle steht es den Gesetzgebungsorganen frei, die Handlungsart gem Art 189 EGV zu benennen, oder sie zB einfach als Beschluß zu bezeichnen.⁵

Nach den *ursprünglich* geltenden Verträgen verfügte das EP nur über *sehr begrenzte Rechte* im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens. Infolge

1 Vgl. Hölscheidt/Baldus DVBl 1996, 1409 zur EU und EG aus terminologischer Sicht; sowie v. Bogdandy/Nettesheim NJW 1995, 2324 zur Frage der Rechtsnatur der EU

2 Der Vertrag von Amsterdam, EU-Nachrichten, Dokumentation Nr 3 v 9. 7. 1997, erhältlich bei der Europäischen Kommission, Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland; zu den sonstigen Änderungen Fischer JA 1997, 818 (Heft 10)

3 Vgl. Art J 7 und K 6 EUV

4 ZB in Art 6 II, Art 20 III, Art 42 I, Art 75 I EGV

5 Geiger EG-Vertrag, 2. Aufl., 1995, Art 189 Rn 24