

# Versäumte Amnestie?

»Siegerjustiz« contra »Täterlobby«? Die Ahndung von DDR-Systemunrecht ist keineswegs abgeschlossen – immer noch wird kontrovers diskutiert.

## Anmerkungen zur aktuellen Debatte von Monika Frommel

### I. Wieso wird 1995 über ein Schlußgesetz debattiert, nachdem das Parlament 1993 die Verjährungsfrage abschließend geklärt hat?

Etwa fünf bis sechs Jahre nach dem Zusammenbruch eines politischen Systems ist es das Publikum leid, mit vergangenem Unrecht konfrontiert zu werden. Die neuen »Eliten« haben sich formiert. Einige schon in der DDR. Mächtige sind kooptiert, andere verdrängt. Die Ahndung von DDR-Systemunrecht würde den Integrationsprozeß stören, wenn sie den gesamten Bereich des sog. systemkonformen Unrechts erfassen würde. Aber auch eine pauschale Nichtverfolgung hätte negative Auswirkungen, weil die neuen Eliten dann unter dem moralischen Vorbehalt stünden, sich zu weitgehend aus alten Seilschaften rekrutiert zu haben. Die Lösung liegt also in einem ausgewogenen Verhältnis von Kriminalisierung und Entkriminalisierung. Dies sollte auch eine etwas voreilige Schlußgesetzdebatte beachten.

Die Kontroversen um den Sinn oder Unsinn der Strafverfolgung sind für den Einigungsprozeß insofern wichtig, als sie zu einer – nur noch in Randbereichen strittigen – Verständigung über die Zulässigkeit der strafrechtlichen Kontrolle staatlich angeordneten oder geduldeten »Unrechts« führen.

Dies ist – historisch gesehen – ein politischer und rechtskultureller Lernprozeß, der nicht zu unterschätzen ist. Er gelingt aber nur, wenn mit Augenmaß, d.h. exemplarisch und gezielt einzelne, besonders schwere Taten angeklagt werden. Aus meiner Sicht ist dieser Lernprozeß bei der kontroversen und schwierigen Behandlung der Mauerschützen befördert worden. Aber alle anderen Verfahren erscheinen in einem zwiespältigen Licht.

Eine besondere Situation zeichnet das vom Bundesverfassungsgericht (am 15.3.1995) konstruierte Verfolgungshindernis für DDR-Spione aus. Faktisch wirkt dieser Beschluß wie eine Amnestie für einen spezifischen Personenkreis. Vermutlich wird die Mehrheitsentscheidung auch so verstanden, jedenfalls kritisiert die Minderheit diesen Effekt. Aber Spionage erscheint mir ein besonders schlechtes Beispiel für die Ahndung von Systemunrecht zu sein. Wenn, dann sollte man schwere Verletzungen individueller Rechte Dritter anklagen und ahnden, aber nicht die Spionagetätigkeit für eine »fremde Macht« als solche. Interpretiert man das Urteil so, dann macht es deutlich, daß es bei der Bestrafung von Menschenrechtsverletzungen nicht um »Abrechnung« mit früheren »Gegnern« gehen darf, sondern um eine »gerechte« rückwirkende Bewertung eines komplexen politischen Geschehens.

Noch nicht abgeschlossen und hochkontrovers ist die Diskussion über die Denunzianten- und Rechtsbeugungsverfahren. Zur Zeit gibt es eine Fülle unerledigter Verfahren, bei denen die zuständigen Staatsanwaltschaften (insbesondere in den Neuen Bundesländern) mit einer ihnen die Arbeit erleichternden Amnestie rechnen und diese geradezu vorwegnehmen. Sie beenden die schon eröffneten Verfahren nicht, sondern warten ab und werden auch nicht von oben angewiesen, zügig zu verfahren, weil die Amnestiedebatte die zögerliche Behandlung indirekt rechtfertigt. »Dann müssen Sie den Beruf wechseln...«, antwortete Bärbel Boley in einem Spiegel-Streitgespräch (DER SPIEGEL Nr. 16, v. 17.4.95, S. 92) der Justizministerin von Sachsen-Anhalt, Frau Schubert, als diese sagte, sie wolle nicht einmal mehr abwarten, bis alle leichten und mittelschweren DDR-Straftaten (also fast alle Delikte bis auf Verbrechen) verjährt sein werden (dies ist Ende 1997

der Fall), sondern schon jetzt die Verfolgungspflicht auch für die Taten lockern, bei denen bereits Ermittlungsverfahren eingeleitet sind. Ihr fragwürdiges Argument: bei 5.600 Ermittlungen habe es in Sachsen-Anhalt nur 21 Anklagen gegeben. Nun wäre dies eigentlich Anlaß für eine ministerielle Rundverfügung, bis zum Ende dieses Jahres anklagefähige Taten anzuklagen, nicht oder kaum erweisbare Taten nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen und geringfügige oder beweisschwierige Straftaten nach Opportunitätsgesichtspunkten lediglich mit Auflagen zu belegen (etwa einer Geldzahlung an einen Wiedergutmachungsfond, eine naheliegende und gesetzlich vorgesehene, sonst übliche Auflage nach § 153 a StPO). Stattdessen wird die Neigung der Staatsanwälte, sich womöglich durch Gesetzestreue unnötige Mehrarbeit zu machen, politisch und hierarchisch auch noch verstärkt durch eine Debatte, bei der sich Beobachter fragen, wer den ein Interesse an einer derartigen Destabilisierung all dessen, was mit Rechtsstaat gemeint sein könnte, haben kann. Diskutiert wird über ein Schlußgesetz, ohne vorher klarzustellen, wann eigentlich was bereits nach geltendem Recht verjährt. Die Teilnehmer dieses Diskurses interessieren sich offenbar nicht für die kurz zuvor ergangenen Gesetze. Sie teilen auch dem Publikum nicht mit, daß ohnehin fast alles bald verjährt sein wird. Im Grunde erwartet man eigentlich nur noch, daß die bereits bekannten Taten verfolgt oder eingestellt und im übrigen schwere Taten noch angeklagt werden.

Mit Gesetz vom 26.3.1993 (BGBl. I, S. 392) wurde rückwirkend bestimmt, daß die Verjährung bei SED-Unrechtstaten ruht, und zwar vom 11.10.1949 bis zum 2.10.1990. Diese Frist wurde mit Gesetz vom 27.9.1993 (BGBl. I, S. 1657) verlängert. Dies bedeutet, daß Taten, die mit höchstens drei Jahren Freiheitsstrafe

bedroht sind, am 31.12.1995 verjähren. Die übrigen (Höchststrafe fünf Jahre) werden bis Ende 1997 verjährt sein, so daß dann nur noch Verbrechen und Mord, der nicht verjährt, verfolgt werden kann.

## II. Kriterien der Rechtsprechung bei Mauerschützenprozessen, Denunziantenfällen und Rechtsbeugung – ein erster Eindruck

Rückblickend kann man feststellen, daß die Ahndung der Todesschüsse an der Mauer durch die Strafjustiz wohl in einer Weise erfolgt ist, die im wesentlichen Zustimmung ver-

### *»Zunächst sah es so aus, als würde die Strafjustiz nach dem Motto verfahren: Die Kleinen hängen, die Großen laufen lassen.«*

dient. Die Probleme, die sich im einzelnen stellen, werden noch behandelt werden. An dieser Stelle interessiert nur ein erster Eindruck.

Die Befugnisnorm, auf die sich die Verantwortlichen an der deutsch-deutschen Mauer (Befehlsgeber- und empfänger) berufen haben, wurde nicht nur zum Nachteil der unmittelbar handelnden Grenzsoldaten, sondern auch zu Lasten der jeweiligen Befehlsgeber nachträglich durch den BGH restriktiv ausgelegt. Damit wurde ein rechtsstaatlich vertretbarer und gerechter (im Einzelfall moderate Strafen) Schuldausgleich festgelegt. Selbstverständlich hat die Fachliteratur eine Fülle von differenzierenden Lösungen vorgeschlagen. Aber trotz scharfsinniger Kritik und klugen Anregungen seitens der (Verfassungsbeschwerden nicht fürchtenden) Wissenschaft scheint die pragmatische Kompromißformel, die der Bundesgerichtshof gefunden hat, gerecht und – was wichtig ist – kaum angreifbar zu sein.

Die Befugnis, nach dem in der DDR geltenden Grenzgesetz auf Flüchtende zu schließen, wurde nicht mit naturrechtlichen Argumenten (wie noch im 1. Mauerschützenurteil des LG Berlin) beseitigt, sondern nachträglich »rechtsstaatlich« korrigiert (BGH St 39, 1 ff = NJW 1993, 141; BGH St 39, 168 ff = NJW 1993,

1932 und BGH St 40, 48 ff = NJW 1994, 2237). Auf diese Weise wird das DDR-Recht zugrunde gelegt und zugleich – den internationalen Verträgen, denen die DDR beigetreten war, entsprechend – menschenrechtsfreundlich interpretiert.

Vergleicht man die rechtliche Einordnung der Todesschüsse mit Verfahren gegen Denunzianten auf der einen und Staatsanwälten bzw. Richtern auf der anderen Seite, ergeben sich erhebliche Abweichungen hinsichtlich der von der Strafjustiz jeweils aufgestellten Voraussetzungen. Bei Grenzsoldaten sind die Gerichte wesentlich strenger als bei Denunzianten und dem Personal innerhalb der Justiz. Dies bedeutet, daß Verfahren, die Denunziationen zum Gegenstand haben, künftig eingestellt werden müssen, da der BGH (BGH, Urteil v. 29.4.1994 – 3 StR 528/93 (LG Dresden) = JZ 95, 413, m. Anm. Seebode) davon ausgeht, daß eine Anzeige wegen sog. Republikflucht nicht als Beihilfe oder Anstiftung zur Freiheitsberaubung anzusehen sei.

Noch krasser wird das Mißverhältnis, wenn man die Rechtsprechung zur Rechtsbeugung einbezieht. Sie ist schlicht ungerecht. Wer hätte gedacht, daß der BGH der 1990er Jahre sich an die unsägliche Nachkriegsjustiz anlehnen würde? Auch wenn man bedenkt, daß Rechtsprechung schon immer ein heikles Thema war, so hätte man doch erwarten können, daß die Justiz auch hier – ähnlich wie bei den Mauerschützenprozessen – konsensfähige Lösungen entwickelt, um DDR-Richter und -Richterinnen zu bestrafen, die allzu linientreu und damit selbst die dehnbaren Prinzipien der sozialistischen Gesetzlichkeit wissentlich mißachtet haben. Aber eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung führt Gerichte erfahrungsgemäß immer wieder in ein Dilemma: sie müssen bildlich gesprochen über sich selber als potentielle Angeklagte richten und neigen dabei zu zweifelhaften Lösungen wie dem sog. Rechtsprechungsprivileg, das auch zynisch mit dem Motto: eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus, umschrieben werden kann.

Wenn man bedenkt, daß allein in Berlin mehr als 6.000 Verfahren, in Sachsen über 2.200 und in Mecklenburg-Vorpommern gut 1.100 Verfahren wegen Rechtsbeugung anhängig sind, dann versteht man plötzlich die Debatte über ein Schlußgesetz. Staatsanwälte und Richter haben offenbar kein Interesse, dieses heikle Thema anzupacken und dabei offen in die zu erwartende Kritik einer zunehmend sensibilisierten Öffentlichkeit zu geraten. Denn wenn sich die restriktiven Maßstäbe des BGH aus der Nachkriegszeit (NS-Todesurteile, Euthanasie und Anstaltsmorde) und nach 1989 durchsetzen, dann müssen so gut wie alle anhängigen Verfahren wegen Rechtsbeugung nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden. Es ist vorhersehbar, daß dies nicht ohne inhaltliche Kritik an einer sich selbst begünstigenden Justiz geschehen wird. Sie deutet sich bereits jetzt an. Unter der Überschrift »Wei-

che Linie« schildert der SPIEGEL den Fall des Justizopfers Teske (Hinrichtung 1981 nach einem Scheinprozeß, DER SPIEGEL 21/1995, S. 59): »Die Abrechnung mit der SED-Justiz droht zu scheitern. Gerichte lassen auch schwer belastete DDR-Juristen laufen«. Bedenkt man die zu erwartende Medienschelte macht der zunächst unverständliche Umweg über die vorgezogene Verjährung Sinn. Dann ist aber zugleich offenkundig, daß es ein strategischer Umweg ist, denn das geltende Recht ermöglicht es schon jetzt, Verfahren einzustellen, deren Durchführung man aus guten Gründen für sinnlos hält.

Die Justizministerien der Länder müssen sich darauf verständigen, ob sie bei der Frage der Rechtsbeugung die restriktive Rechtsprechung offen anerkennen, dann dürfen sie keine weiteren Anklagen und keine neuen Verfahren zulassen, oder sie betreiben eine allmähliche Rechtsprechungsänderung durch strenge Rechtsanwendung im Einzelfall und verschaffen der fast unangefochtenen herrschenden Literaturmeinung mehr Geltung (im Sinne einer Annäherung durch Präjudizienbildung). Die Kritiker des Rechtsprechungsprivilegs lehnen eine derartig schamlose Selbstbegünstigung der Justiz einhellig ab. Aber der Weg ist dornig, da der BGH sehr sybillinisch gesprochen hat: Instanzgerichte müssen nun im Einzelfall streng prüfen, ob Menschenrechte mißachtet worden sind, die auch nach den Prinzipien einer »sozialistischen Gesetzlichkeit« hätten beachtet werden müssen.

## III. Die Mauerschützenprozesse

Verteidiger in Mauerschützenprozessen stellen – wie es ihrer Aufgabe entspricht – die These auf, die Schüsse seien bis auf Grenzfälle legal (manche meinten sogar, zur Verteidigung der DDR seien sie notwendig und deshalb legitim) gewesen. Dem ist allenfalls im Sinne eines legalen Scheins zuzustimmen. Selbst das DDR-Strafrecht legalisierte das Geschehen an der Mauer nur, wenn eine politisierte Anwendung des Rechts mit einkalkuliert wurde.

Nach § 27 Grenzgesetz hätten Grenzsoldaten nur bei einem Verbrechen schießen dürfen, also besonders schweren Taten wie Mord, Raub und Vergewaltigung. Republikflucht war ein Vergehen, paßte also dem Gesetzestext nach nicht zur Rechtspraxis. Selbst wenn sie hätten schießen dürfen, dann nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dem legalen Schein widersprach die reale Situation an der Grenze und die Art und Weise der Belehrung über die »Rechtslage«.

Wie gelang es einer linientreuen Justiz und einer nicht minder linientreuen Rechtswissenschaft, aus einem Vergehen ein Verbrechen zu machen und aus mehr oder weniger ungezielten Schüssen ein »verhältnismäßiger« Einsatz

der Schußwaffe? Gesetz und Doktrin nutzten die Technik der unbestimmten Rechtsbegriffe und die Macht, nicht anzuklagen, also erst gar nicht zu ermitteln, wenn ein Flüchtling gestorben war. Auf diese Weise konnten DDR-Richter mit Blick auf das Ausland eine rechtsstaatliche Fassade aufrecht erhalten. Entweder wurden besonders niedrige Anforderungen an den »besonders schweren Fall« der Republikflucht gestellt, mit dem Ergebnis, daß das Vergehen eine hohe Strafe im Einzelfall auf sich ziehen konnte. Gesetzestechisch ist § 1 Abs. 3 eine Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen, die einen flexiblen Maßstab, und diesen auch noch ex post bilden. Legte man den materialen Verbrechensbegriff in § 1 Abs. 3 DDR-StGB weit aus und macht man aus der Republikflucht im Einzelfall nachträglich ein Verbrechen, mit der absurden Konsequenz, daß in Antizipation dieser Unrechtsjustiz schon die Polizei bzw. die Grenzsoldaten schießen durften, dann hat man einen legalen Schußwaffengebrauch konstruiert, zugleich aber den Grenzsoldaten einen Freibrief erteilt.

Verfolgen wir die DDR-Doktrin etwas näher: nach § 1 Abs. 3 DDR-StGB waren Verbrechen »gesellschaftsgefährliche Angriffe gegen die Souveränität der DDR«, die im Einzelfall mit einer Freiheitsstrafe von über zwei Jahren geahndet werden konnten. Fügt man die Rechtsprechung zu den besonders schweren Fällen der Republikflucht (in der Praxis war jede Flucht »besonders schwer«) in dieses Schema, dann konnte die rechtsstaatliche Fassade des § 27 GrenzG gefüllt und in der Rechtswirklichkeit geschossen werden (die wirkliche Wirklichkeit war dann noch schlimmer; da wurden Minen gelegt etc.).

Selbst wenn man das Grenzgesetz oder die schweren Fälle einer strafbaren Republikflucht nachträglich restriktiv auslegen würde, um über diesen Weg dem DDR-Recht den Schein von »sozialistischer Gesetzlichkeit« zu geben, so bedeutet dies doch nur, eine rechtliche Fassade zu einem Rechtssicherheit verbürgenden Gesetz umzudefinieren. Die Grenzsoldaten handelten nicht in Ausübung rechtlich kontrollierter staatlicher Macht, sondern aufgrund einer politischen Rückendeckung. Das politische System der DDR sollte und wurde nicht durch »Recht«, sondern unmittelbar politisch gesteuert.

Sowohl die Grenzsoldaten als auch die Verantwortlichen hinter denen unmittelbar Handelnden verließen sich nicht auf »Recht« sondern auf »Macht«. Damit stellt sich das Problem des Rückwirkungsverbotsspiegelverkehrt. Ein zum »Naturrecht« aufgewertetes Rückwirkungsverbot führt zu einem gefährlichen politischen Lernprozeß. Auch politische Systeme lassen sich – so Thomas Blanke – als »lernfähige« Einheiten verstehen, die die Erfahrungen des Scheiterns anderer Herrschaftssysteme verarbeiten und zu internen Umstrukturierungen nützen können.

Nach dem Zusammenbruch des NS-Machtssystems lernten die westlichen und sozialistischen Systeme, daß es notwendig ist, nach dem Zusammenbruch eines politischen Systems (oder nach dem »Sieg«) eine normative Form zu finden, um nachträglich nach einsichtigen Maßstäben über das begangene Systemunrecht zu richten. Was das NS-System betraf, so übernahmen die Alliierten diese Aufgabe. Wie mit Systemunrecht der DDR zu verfahren sei, regelt der Einigungsvertrag. Da der Einigungsvertrag aber die Anwendbarkeit des DDR-Strafrechts vorsieht, bewirkt er damit auch implizit eine großflächige Amnestie, ohne dies in der Form eines Amnestiegesetzes regeln zu müssen. Der erste und der zweite Mauerschützen-Prozeß vor dem Landgericht Berlin stellten Weichen für die Folgezeit. Die »naturrechtliche« Lösung im ersten Mauerschützen-Prozeß wurde bereits im zweiten Mauerschützen-Prozeß korrigiert. Der BGH (BGH St 39, 1 ff = NJW 1993, 141; BGH St 39, 168 ff = NJW 1993, 1932 und BGH St 40, 48 ff = NJW 1994, 2237) vertritt eine vermittelnde Ansicht. Sie läuft aber im wesentlichen auf die geschilderte Paradoxie hinaus. Die rechtliche Fassade von Grenzgesetz und Strafbarkeit der Republikflucht wird vom BGH in ein »verhältnismäßiges« DDR-Recht umgedeutet, nach dem auch damals ein an der Grenze stehender Soldat mit der gebotenen Zurückhaltung hätte handeln können. Der Vorteil dieser Lösung liegt allerdings auf der Hand: sie vermeidet einen offenen Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot.

Zunächst sah es so aus, als würde die Strafjustiz nach dem Motto verfahren. »Die Kleinen hängen, die Großen laufen lassen«. Diesen schlechten Eindruck hat sie allerdings revidiert. Die Grenzsoldaten wurden zunächst (Kammergericht Berlin, NJW 1991, 2653) als Täter und die Befehlsgeber als Anstifter angeklagt. Sie wurden auch in erster Instanz als Anstifter verurteilt. Aber dieses Urteil wurde vom BGH revidiert. Er hat in den Befehlsgebern Schreibtischtäter gesehen und diese Sicht dogmatisch unterfüttert mit der anerkannten Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft kraft Beherrschung eines organisatorischen Machtapparats. Wendet man diese gebräuchliche Form von Täterschaft auf die Befehlskette, die zu den Schüssen an der Mauer geführt hat, an, ergibt sich: auch Schreibtischtäter können strafrechtlich als Täter zur Verantwortung gezogen werden. Systemunrecht läßt sich angemessen ahnden.

Die Entscheidung des 5. (Berliner) Strafsenats des BGH, die Mitglieder im Nationalen Verteidigungsrat nicht nur als Anstifter der Todesschüsse an der Mauer anzusehen (wie noch das Landgericht Berlin mit seinem mittlerweile korrigierten Urteil vom 16.9.93), sondern als Täter, und zwar in der Rechtsform der mittelbaren Täterschaft, ist allgemein begrüßt worden (BGH, NJW 94, 2703). Jede andere dogmatische Konstruktion hätte den fatalen Eindruck hinterlassen, man lasse »die Großen«

laufen, hänge aber die »Kleinen«. Dogmatisch widerlegt sind somit Befürchtungen, Makrokriminalität (so die Terminologie von Herbert Jäger), sprengt das individualisierende Strafrecht. Mit der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kann politisches Geschehen individuell zugerechnet werden. Organisierte politische Verbrechen fallen auf diejenigen zurück, die eine dominante Position im Herrschaftsapparat hatten. Sie werden nach dem Zusammenbruch eines solchen Herrschaftssystems über die strafrechtsdogmatische Konstruktion einer organisatorischen Tatherrschaft individuell zur Verantwortung gezogen. Damit wird es möglich, individuell zu verantwortendes Systemunrecht strafrechtlich zu sanktionieren.

Hätte man nach Maßgabe dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung die Schüsse an der Mauer verfolgt, wäre es möglich gewesen, in verbundenen Verfahren beide, Befehlshaber

---

## ***»Nach dem Zusammenbruch eines politischen Systems ist zu erwarten, daß sich die früheren Machthaber und heutigen »Täter« formieren ...«***

---

und Befehlsempfänger, anzuklagen, statt erst die unmittelbar Handelnden und dann die »Anstifter« zur Rechenschaft zu ziehen. Aber trotz dieser Korrektur und einiger sonstiger Bedenken gegen die Feststellungen des LG (etwa zum angenommenen Fortsetzungszusammenhang bei einer Vielzahl von Todesschüssen – eine bei Masseneinbrüchen zulässige, aber bei Serienmorden eher unzulässige Konstruktion, die hier vernachlässigt werden soll) hat der BGH im eingangs erwähnten Revisionsurteil das Urteil des LG Berlin nicht aufgehoben, sondern im Kern bestehen lassen, um angesichts des Alters der Angeklagten die notwendige zügige Beendigung des Verfahrens nicht zu erschweren. Daher änderte das Revisionsgericht nicht den Schuldspruch, sondern nur die Begründung.

Die Angeklagten Keßler und Streletz haben bereits gegen die gegen sie verhängten Strafen (Freiheitsstrafe von 7 Jahren und 6 Monaten bzw. 5 Jahren und 6 Monaten) Verfassungsbeschwerden eingelegt. Sie rügen einen Verstoß

gegen das Rückwirkungsverbot. Sinn macht diese Rüge nur, wenn man maximalistisch davon ausgeht, daß auch die nachträgliche einschränkende Auslegung von Straftatbeständen und hier sogar von Rechtfertigungsgründen (Schießbefehl) des DDR-Strafrechts mit Blick auf das Rückwirkungsverbot relevant sind. Eigentlich ist diese Extremposition fernliegend und auch bislang immer verneint worden. Bei einer Rechtsprechungsänderung werden nicht rückwirkend andere Gesetze zugrunde gelegt, sondern andere »außerstrafrechtliche« Wertungen. Belastend ist nicht ein Verstoß gegen »nulla poena sine lege scripta«, sondern belastend wirkt der Fortfall einer systembedingten täterbegünstigenden Rechtsprechung. Eine

---

## **»Ist denn die nachträgliche Ahndung von individuell zu verantwortendem Systemunrecht ein Anwendungsfall der klassisch-liberalen Konstellation vom Individuum, das gegen den Staat zu schützen sei?«**

---

rückwirkende Rechtsprechungsänderung ist aber nach dem Zusammenbruch eines politischen Systems zwangsläufig, will man nicht die Rechtssprache des Unmenschen reproduzieren. Um ein unstrittiges Beispiel aus einem Kontext, bei dem sich alle einig sind, zu wählen, sei an die im NS-System übliche Verwendung der Formel vom »gesunden Volksempfinden« erinnert. »Mord« durch Gestapo oder KZ-Personal wäre im NS-System – trotz unstrittiger Geltung des strafgesetzlichen Tötungsverbots – niemals als »Mord i. S. des RStGB« bestraft worden, weil diesen Tötungen (hätte man sie überhaupt angeklagt) niemals »niedrige« Beweggründe, sondern umgekehrt, »gesunde« Motive zugeschrieben worden wären.

Damit stellt sich theoretisch und praktisch die Frage nach der Rechtsnatur einer rückwirkend härteren Rechtsanwendungspraxis. Die Ansichten hierzu differieren weniger im Ergebnis – einstimmiges Votum: sie ist irrelevant –,

wohl aber in den Begründungen. Es empfiehlt sich, vor der Klärung der verfassungsrechtlichen Frage dem historischen Kontext nachzugehen: was bedeutet die historisch nun zum zweiten Mal anzutreffende Polemik gegen eine »Siegerjustiz«.

Nach dem Zusammenbruch eines politischen System ist zu erwarten, daß sich die früheren Machthaber und heutigen »Täter« formieren und sich darauf berufen, daß sie lediglich im Rahmen der damals geltenden Gesetze gehandelt bzw. für das was geschehen ist, konkret nicht verantwortlich gewesen seien. So hat sich auch heute eine »Täterlobby« gebildet. Sie verfügt über prominente Sprecher, professionelle Anwälte und publizistische Unterstützung.

Verwunderlich ist also nicht die Verteidigungsstrategie der »Täterlobby«, sondern die Rezeption ihrer Argumente seitens kritischer, in der Regel westlicher Rechtswissenschaftler. Paradigmatisch für ihre Argumente ist folgende Passage von Bernhard Schlink (NJ 94, 433):

»Warum zeigt gerade Deutschland einen derartigen strafrechtlichen Eifer? Was unterscheidet Deutschland von den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit? Ist es der Umstand, daß Deutschland über die erforderliche strafrechtliche und -gerichtliche Infrastruktur verfügt, die in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit erst geschaffen wird? Aber dieser Umstand könnte allenfalls Schwierigkeiten bei der Durchführung der strafrechtlichen Bewältigung der kommunistischen Vergangenheit erklären, nicht jedoch die Unwilligkeit oder Zurückhaltung, die strafrechtliche Bewältigung auch nur in Angriff zu nehmen. Hat der Unterschied seine Ursache in einem Bedürfnis der deutschen Justiz, bei der strafrechtlichen Bewältigung kommunistischen Unrechts zu leisten, was bei der strafrechtlichen Bewältigung nationalsozialistischen Unrechts versäumt wurde? Aber was für ein seltsames Bedürfnis wäre dies und was für eine seltsame Vorstellung, man könne verschiedene historische Kontexte gewissermaßen miteinander verrechnen. Ist der Umstand entscheidend, daß es in Deutschland in anderer Weise Sieger und Besiegte gibt als in den anderen Ländern? Das der kalte Krieg in Deutschland ein kalter Bürgerkrieg war, daß es jetzt eine siegreiche und eine besiegte deutsche Bürgerkriegspartei gibt und daß Bürgerkriege, wie mit besonderer Erbitterung geführt, so auch mit besonderem Abrechnungs- und Vergeltungseifer beendet werden? Der Vorwurf der Siegerjustiz, in der politischen Auseinandersetzung immer wieder erhoben, meint eben dies. Er kann darauf hinweisen, daß nur da, wo es wie in Deutschland eine siegreiche und eine besiegte Bürgerkriegspartei oder einen übernehmenden und einen übernommenen Landesteil gibt, der Übernehmende seine Elite an der Stelle der Elite des Übernommenen setzen und diesen Elitenaustausch strafrechtlich begleiten und legitimieren

kann. Wo, wie in den anderen Ländern mit kommunistischer Vergangenheit, die alten Eliten weithin auch die neuen sind und mangels anderer Kandidaten auch sein müssen – wer sollte da mit wem strafrechtlich abrechnen?«

Schlink ist der einzige Autor, der mit dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit noch 1994, also zu einem Zeitpunkt, in dem bereits deutlich war, daß die strafrechtliche Ahndung moderat und alles andere als selbstbewußte »Siegerjustiz« sein wird, diese Rhetorik benutzt. Interessant ist die Diktion, es habe sich um »unterschiedliche historische Kontexte« gehandelt. Es ist dies eine streng relativistische Deutung des Konfliktes zwischen einem undemokratischen Realsozialismus und dessen Bewertung aus der Perspektive rechtsstaatlicher und demokratischer Postulate. Diese werden in allen Systemen in Einzelfällen negiert; d.h. rechtliche Standards müssen immer der Rechtswirklichkeit entgegengesetzt bzw. sie müssen in jeder Ordnung immer wieder neu umgesetzt werden. Ihre Verletzung relativiert diese Prinzipien nicht, sondern zeigt, wie wichtig es ist, sie zu verteidigen (vorausgesetzt, daß sie mit guten Gründen legitimiert werden können, dies sei hier unterstellt). Verständlich wäre die relativistische Sicht, wenn sich ein demokratischer Sozialismus der Kritik eines ebenfalls demokratischen kapitalistischen System hätte stellen müssen. Denn dann hätten wir uns auf die Diskussion politökonomischer Fragen beschränken müssen. Sie scheinen mir keine Frage des Rechts, sondern eine der Zweckmäßigkeit zu sein; d.h. offenbar scheitert eine Planwirtschaft an ihrer Undurchführbarkeit. Aber dies ist keine Frage der rechtlichen und/oder moralischen Kritik. Da aber demokratische sozialistische Staaten leider nur ein gedankliches Konstrukt in den Köpfen von Intellektuellen oder in den Träumen von BürgerrechtlerInnen geblieben sind, steht diese – in der Tat moralisch oder rechtlich unentscheidbare Frage – nicht auf der Tagesordnung. Deshalb ist die konkrete Antwort auf die Frage, ob der Schießbefehl an der Mauer, ob der Menschengroßhandel und die Inhaftierung von Systemgegnern »Unrecht« war oder nur »Produkt des Kalten Krieges«, unumgänglich. Die Antwort ist nicht schwer. Die strafrechtliche Ahndung konnte nach 1989 nur in Deutschland stattfinden, weil nur dort eine innerstaatliche Grenze zwei eben doch nicht nur graduell, sondern auch qualitativ unterschiedliche Systeme trennte. Kein anderer Staat war in der historisch einmaligen Situation wie Deutschland, in einem Einigungsvertrag fair regeln zu können, wie mit dem DDR-Systemunrecht zu verfahren sei. Es hat mit Nationalismus nichts zu tun, diese Besonderheiten zu akzeptieren, sondern im Gegenteil, die schmerzliche deutsche Geschichte zwingt uns, zum zweiten Mal eine angemessene Antwort auf die Frage des »gesetzlichen Unrechts« zu ge-

ben und uns der besonderen moralischen Herausforderungen zu stellen.

Schlink fährt fort: »Was aus der Fülle strafrechtlicher Bewältigung, die danach stattfinden müßte, tatsächlich stattfindet, wird vom persönlichen Engagement des Justizministers des Landes und der örtlichen Staatsanwälte abhängen, davon, was ihnen gerade zur Kenntnis kommt, was gerade die Öffentlichkeit beschäftigt, was leicht zu ermitteln ist, was eine problemlose Verurteilung verspricht. Das ist Strafrechtspflege unter der Maxime nicht der Allgemeinheit, sondern des Zufalls. Warum auch nicht – das Recht, das hier gepflegt wird, ist seinerseits nicht durch allgemeine Geltung in der Wirklichkeit gekennzeichnet, sondern wird in den nachträglichen Entscheidungen, wie es hätte anerkannt und praktiziert werden müssen, erst Stück um Stück konstituiert.«

Dieses Argument zielt auf die unvermeidliche Selektivität jeder Strafverfolgung. Es wäre nur ein Einwand, wenn die informelle Logik der praktizierten Strafverfolgung ungerecht wäre. Aber dies müßte belegt werden. Selektivität als solche ist kein Einwand, sondern ein Strukturmerkmal jeden Strafrechts. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: liberales, moderates Strafrecht ist selektiv, weil es den ultima ratio-Gedanken ernst nimmt. Rigoroses, klassisches Strafrecht tendierte zu einem harten Sanktionsstil. Aber es tendierte auch zur »Klassenjustiz«, weil sich nach so schlichten Regeln nur sichtbare (Einbruchdiebstahl, Schlägereien) und damit leicht verfolgbare Taten verfolgen lassen. Sobald Mittelschichtskriminalität oder gar Kriminalität der Mächtigen verfolgt wird, gibt es bei vielen Ermittlungsverfahren wenig Anklagen und noch weniger Verurteilungen. Der Grund ist einfach zu erkennen: Solche Täter bringen Gerichte in Beweisnot. Sie können sich systemkonform wehren.

Folgen wir dem zweiten Haupteinwand: die nachträgliche Ahndung von Systemunrecht müsse das Rückwirkungsverbot »überspielen«:

»Zur Überspielung des Rückwirkungsverbots hat die strafrechtliche Rechtsprechung ihren falschen Begriff des Rechts entwickelt. Dies weist darauf hin, daß das Rückwirkungsverbot im Begriff des Rechts selbst wurzelt, im Begriff des Rechts, wie er dem Rechtsstaat gemäß und zugehörig ist. Nur Recht, das vor der Tat feststeht und nicht nach der Tat festgesetzt, auf die Tat zugeschnitten wird, bietet die Gewähr der Allgemeinheit. Alles weitere, was in der Diskussion um den Sinn und die Logik des Rückwirkungsverbots erörtert wurde und wird, knüpft daran an ... Nur die Allgemeinheit des Rechts verbürgt Schutz vor Willkür, nur ein vor der Tat feststehendes, allgemeines Recht kann magna charta des Verbrechens, Motivation für den rechtstreuen Bürger, Grundlage für einen Schuldvorwurf an den rechtsuntreuen Bürger sein und was der Überlegungen zu Sinn und Logik des Rückwir-

kungsverbots mehr ist. Dabei versteht sich, daß das vor der Tat feststehende, allgemeine Recht nicht nur das genau so im Gesetz formulierte Recht ist, das des Richters nur noch als seines Mundes bedarf. Es ist das Recht, wie es anerkannt und praktiziert wird.«

Interessant ist die fast naturrechtliche Funktion des Rückwirkungsverbots in einer ansonsten relativistischen Sicht. Fragwürdig ist die Prämisse: Ist denn die nachträgliche Ahndung von individuell zu verantwortendem Systemunrecht ein Anwendungsfall der klassisch-liberalen Konstellation vom Individuum, das gegen den Staat zu schützen sei? Das Problem, das sich bei Makrokriminalität stellt, ist spiegelbildlich verkehrt zur Mikrokriminalität und markiert die Kehrseite der üblichen Konstellation. Es ist angemäßte staatliche Befugnis, gegen die betroffene Bürger sich wehren. Bei der nachträglichen Verfolgung von Systemunrecht geht es um eine Grenze gegen staatliche Willkür, die erst gezogen werden kann, wenn ein politisches Willkür-System abgedankt hat. Als es noch herrschte, hat es die Strafjustiz instrumentalisiert. Strafgerichte wurden nur gegen Systemgegner mobilisiert. Nun müssen sich die Machthaber und Befehlsempfänger von gestern selbst verantworten: ein atypischer Fall, der nicht mit den üblichen Einwänden zu erledigen ist.

Der Einigungsvertrag ermöglicht ein faires Verfahren. Er zwingt Gerichte, jeweils zu überlegen, wann sie wegen eines Verstoßes gegen »rechtsstaatlich ausgelegtes DDR-Recht« (also nicht die damalige Rechtswirklichkeit) sanktionieren. Sie erfüllen diese Aufgabe sehr zurückhaltend. Im Grunde wurde nur bei den Mauer schützenprozessen rückwirkend ein strengerer Maßstab angelegt. Ansonsten haben sich die deutschen Strafgerichte auf die Ahndung von Einzelfällen beschränkt, die selbst nach DDR-Rechtsmaßstäben zu weit gingen. Die niedrigen Anklagequoten belegen dies. Sie sollten nicht als Argument mißbraucht werden, auch noch die Verfahren vorzeitig abzuwürgen, die nach den Regeln der Strafprozeßordnung angemessen erledigt – und sei es durch Einstellung – werden können.

Ansonsten mißlingt nämlich der kollektive Lernprozeß, daß es in der Moderne nicht mehr risikolos ist, als kleiner oder großer Machthaber Menschenrechte zu mißachten. Offenbar neigen Gerichte dazu, sich zu fragen, wie sie selbst in »furchtbaren« Zeiten judizieren würden und kommen zu ambivalenten Antworten bezüglich der eigenen Unparteilichkeit. Die kontroversen Literaturmeinungen können spiegelbildlich für bestimmte Haltungen gelesen werden: *Jakobs*, der zwar die dogmatische Einordnung des Handelns der Führungsschicht als mittelbare Täterschaft bejaht, ansonsten aber gegen die strafrechtliche Erfassung von Systemunrecht plädiert, bestätigt eine autopoietische Sicht, die das Unrecht mit dem System vergehen läßt; *Lüderssen* vertritt einen sog. moderaten Positivismus

und ermahnt das nicht-juristische Publikum zur Zurückhaltung, da nachträglich eben nur Exzesse sanktioniert werden sollten. Er legt mit dieser Grenzziehung gegenwärtigen und künftigen PolitikerInnen nahe, moderat (Exzesse vermeidend) Macht auszuüben; *Amelung* hält dem untergegangenen System seine vorgegebene Einbindung in völkerrechtliche Verträge vor und kann über diese Begründung naturrechtliche Argumente vermeiden, ohne in einen von ihm ebenfalls abgelehnten Positivismus zu verfallen. Er stärkt seine moralistische Position, die universalistisch argumentiert und Menschenrechte nicht nur moralisch, sondern auch völkerrechtlich einklagt; *Arthur Kaufmann* wählt eine skeptische Position jenseits der falschen (oder zumindest überholten) Alternativen der Nachkriegszeit: »Naturrecht« oder »Positivismus«. Er interpretiert, was aufhorchen lassen sollte, die berühmte Radbruchsche Formel vom »gesetzlichen Unrecht« (1946) reduktionistisch als negatives Naturrecht: eine rückwirkende Korrektur von Macht in Gesetzesform, die lediglich evidentes Unrecht erfassen könne und nur dieses, nicht die gesamte Rechtsordnung eines Systems, als »Nichtrecht« deklarieren. Über diese Korrektur hinaus sei es in der Moderne nicht mehr angemessen, »überpositive« Normen zu propagieren. Diese seien eben kein Recht, sondern wirkten allenfalls wie ein Appell. *Alexy* durchtrennt den gordischen Knoten paradoxer Geltungsansprüche mit einem kühnen »naturrechtlich« anmutenden, aber eher rationalistischen Schnitt. Er trennt gedanklich zwischen evidentem, gesetzlichem Unrecht (Nichtrecht) und noch hinnehmbarem systemkonformen »Unrecht«, das allenfalls in einem moralischen Sinne als »Unrecht« angeprangert werden könne. *Naucke* schließlich bezieht eine konsequente liberale und machtkritische Position. Er läßt das Rückwirkungsverbot nur für individuelles Unrecht, nicht für Systemunrecht gelten, da es nur dort Sinn mache. Für die Politik müsse das Risiko späterer Bestrafung erhalten bleiben, sonst zerbreche das, was mit »Rechtsstaat« im 19. Jahrhundert etabliert worden sei. Wer selber Bürgerrechte mißachtet, kann sich später nicht auf Rechtsprinzipien berufen, die man selbst mit Füßen getreten habe. »Siegerjustiz« würde keiner legitimieren, aber die Täterlobby hat sie befürchtet, wohl weil sie sich mit einem System identifiziert haben, das sich so verhalten hätte. Wenn dem aber so ist, dann wäre ein »Schlußstrich« kurz vor der Verjährung ein falsches Signal, das nur diejenigen stärken würde, die nicht lernen wollen, daß »Recht« und »Politik« dem Anspruch nach eben doch nicht identisch ist, sondern allenfalls in der schlechten Realität. Diese aber soll nicht auch noch zur Legitimation für den Rechtsmißbrauch herangezogen werden.

*Prof. Dr. Monika Frommel ist Direktorin des Instituts für Kriminologie an der Universität Kiel und Mit-Herausgeberin dieser Zeitschrift.*