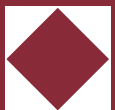


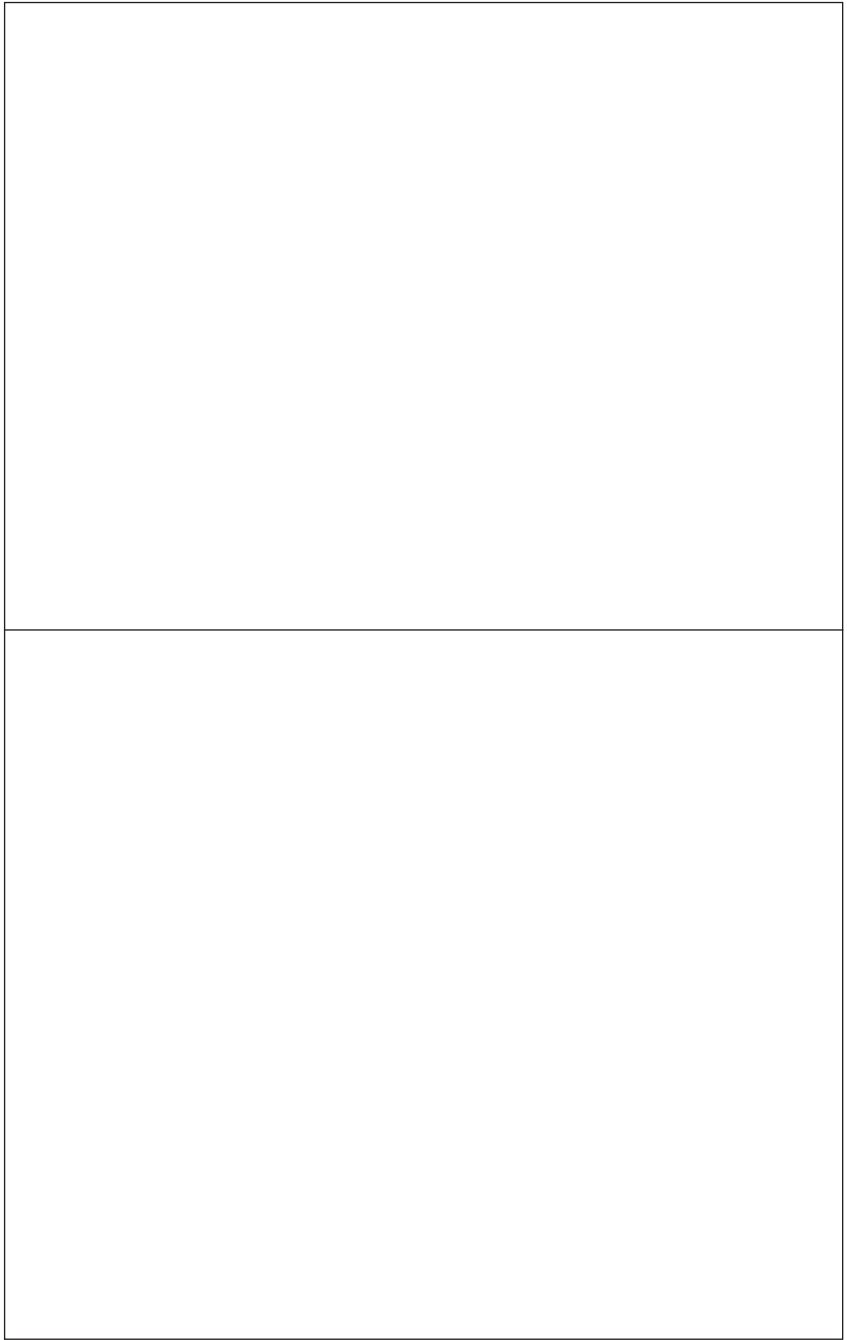
Christoph Lüscher

Mauerschützen-Urteile des BGH, BVerfG und EGMR revisited

Eine Abhandlung zum Verhältnis von
Staat, Politik und Recht



Nomos



RA Dr. habil. Christoph Lüscher, MAES

Mauerschützen-Urteile des BGH, BVerfG und EGMR revisited

Eine Abhandlung zum Verhältnis von
Staat, Politik und Recht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4560-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8813-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Geruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

In Kommentaren zu den Mauerschützen-Entscheiden des BGH, BVerfG und EGMR ist zuweilen zu lesen, dass die Kommentatoren den Urteilen im Ergebnis zwar zustimmen, nicht aber den dafür angeführten Begründungen. Solche Äusserungen irritieren, fragt sich doch, wie ein Entscheid richtig sein kann, wenn die Argumentation falsch ist. Oder anders gefragt: Besteht zwischen Argumentation und Urteil ein Begründungszusammenhang dahingehend, dass der Entscheid von der Argumentation logisch notwendig impliziert wird (formale Implikation)? Oder hängt die Richtigkeit des Urteils nicht von der Richtigkeit der Argumentation ab, so dass die Argumentation falsch, das Urteil aber dennoch richtig sein kann (materiale Implikation)?

Die Fragestellung lässt sich an einem Beispiel aus der Mathematik veranschaulichen: Die Summe des Terms $3x(4+7)$ beträgt 33. Dass die Summe 33 beträgt, kann man zeigen, indem man sowohl 4 als auch 7 mit 3 multipliziert und die Ergebnisse addiert: $3 \times 4 + 3 \times 7 = 12 + 21 = 33$. Wer stattdessen 11 – weil er den Term 3×4 falsch multipliziert – und 21 addiert, erhält die Summe 32. Ergo gelingt es ihm nicht, zu zeigen, dass die Summe von $3x(4+7)$ 33 beträgt, folgt doch aus dem Term $11 + 21$ notwendig 32 und nicht 33.

Daraus erhellt nicht nur, dass das Ergebnis von der Argumentation impliziert wird im Stil „so die Argumentation, so das Ergebnis“, sondern auch, dass die Argumentation die richtige Anwendung von Regeln voraussetzt – im Beispielfall der Regeln der Arithmetik –, andernfalls von deren falschen Anwendung ein falsches Ergebnis impliziert wird.

Wer also an den Mauerschützen-Entscheiden kritisiert, dass das jeweilige Urteil nicht zu dessen Begründung „passt“, muss zeigen, dass es Regeln gibt, von deren Anwendung der jeweilige Entscheid – dem man im Ergebnis zustimmt – notwendig impliziert wird. Das heisst, er muss darüber aufklären, dass das jeweilige Urteil aus der durch die Anwendung der massgeblichen Regeln gefilterten Argumentation notwendig folgt. Dabei stellt sich die grundlegende Frage, ob es sich bei den in Rede stehenden Argumenten um durch damals wie aktuell geltendes Recht gefilterte Argumente handelt.

Gelingt der vorliegenden Arbeit die Aufklärung darüber, dann ist dies auch das Verdienst meiner Lektorin, Katja Ahr, und meiner Partnerin, Helena Senn Lüscher. Ihre Kommentare haben den Autor dieser Arbeit stets dazu herausgefordert, die eigene Argumentation immer wieder zu überdenken und zu reformulieren. Ihnen gebührt ganz besonderer Dank.

Christoph Lüscher im Oktober 2017

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Staat – Politik – Recht	21
A. Entstehungs- und geltungsgeschichtlicher Abriss des DDR-Grenzregimes	33
I. Ost-West-Wanderung vor und nach dem Mauerfall im Vergleich	33
II. 1952 bis Juli 1961: Verschärfung des DDR-Grenzregimes	36
1. Korrelation von Verschärfung des DDR-Grenzregimes und Änderung der bundesdeutschen Praxis der Anerkennung von Einwandern aus der DDR als „Flüchtlinge“	36
2. 1952 bis Juli 1961: Absicherung der innerdeutschen Grenze	37
3. Unter Strafe-Stellen unerlaubter Ausreise aus der und unerlaubter Einreise in die DDR	39
4. Beschränkungen der Genehmigungen für Auswanderungen in die BRD und ihre Folgen	39
III. 1961: Eskalierung des West-Ost-Konflikts und vollständige Grenzschiessung	42
1. Eskalierung des West-Ost-Konflikts im Überblick	42
2. Beschlüsse der DDR-Volkskammer und des DDR-Ministerrates	42
2.1. Aussenpolitischer Hintergrund des Ministerrat-Beschlusses: Gescheitertes Chruschtschow-Ultimatum	44
2.2. Aussenhandelspolitischer Hintergrund des DDR-Ministerrat-Beschlusses: Fehlende politische Handlungsspielräume der SED-Führung gegenüber der UdSSR und der BRD	45

2.3. Beschluss des Präsidiums des Ministerrates vom 22. August 1961	46
3. Wie kam es zu den Entscheidungen, die Sektorengrenzen zu schliessen und die Mauer zu bauen?	47
IV. 1961: ‚Reguläre Sicherung der Staatsgrenze West‘	47
1. Planung und Umsetzung der Sicherung der Staatsgrenze West	47
2. Schreiben des Oberkommandierenden der sowjetischen Truppen in der DDR vom 14. September 1961	48
3. Folgen der ‚regulären Sicherung der Staatsgrenze West‘ für die bundesdeutsche Notaufnahmepaxis	50
V. Verpflichtung der Grenzsoldaten zum Schusswaffengebrauch in bestimmten Fällen	51
1. „1. Ergänzung zum Befehl 39/60“ des DDR- Innenministers vom 26. August 1961	51
2. Durchführungsanweisung Nr. 2 des DDR- Innenministers vom 19. März 1962	51
3. Keine wesentlichen Änderungen der Schusswaffengebrauchsbestimmungen für die Grenztruppen bis zum Mauerfall	52
4. Zweck des Schusswaffeneinsatzes: Abschreckung Dritter vom unerlaubten Grenzübertritt?	53
VI. 1961/62: Militarisierung der Grenztruppen	54
VII. 1962: Einführung der Wehrpflicht	54
VIII. Straftatbestand „ungesetzlicher Grenzübertritt“ („Republikflucht“) nach DDR-StGB von 1968/79	55
IX. Regelung der Anwendung von Zwangsmitteln durch die Grenztruppen nach dem Grenzgesetz von 1982	56
X. Keine ausdrückliche Garantie des Rechts auf Leben nach den DDR-Verfassungen von 1949 und 1968/74	58

XI. 1961-1989: Grundsätzliche Verweigerung ständiger Ausreise aus der DDR in die BRD	59
B. Kontext der Fälle des BGH I/III als grundlegender Aspekt der Rechtsanwendung	61
I. „Flüchtling“: ein Begriff?	62
II. Juristische Relevanz der „Flüchtlingseigenschaft“ der Gewaltopfer des DDR-Grenzregimes? – Hypothese der Rechtswidrigkeit der gezielten Schusswaffenanwendung	64
III. „Passt“ die Hypothese der Rechtswidrigkeit der gezielten Schusswaffenanwendung zum Sachverhalt des BGH I/III?	65
1. Methode der Feststellung des juristisch relevanten Sachverhalts: „Hin- und Herwandern des Blicks“ des Rechtsanwenders zwischen dem Sachverhalt und den Rechtsnormen	65
1.1. Erster Imperativ: Dinge so zu sehen, was sie sind!	66
1.2. Zweiter Imperativ: Wichtiges von Unwichtigem scheiden!	69
1.2.1. Beobachtung in der Perspektive des Rechts: Unterscheidung von Wirklichkeit und Tatbestandsmässigkeit	71
1.2.2. Beobachtung des Sachverhalts in der Perspektive der Politik: Unterscheidung von Mach(t)barkeit und Nicht-Mach(t)barkeit	73
1.2.3. These von der vergleichbaren Struktur von Rechtsetzung und Rechtsanwendung	74
IV. BGH I/III: Ausserkraftsetzung von Recht	76
1. Grundproblem der Konvergenz der DDR-Rechtsetzung und -Rechtsanwendung	76
2. Unterscheidung von „richtigem“ und „unrichtigem“ Recht – Einführung eines Zusatzcodes	77

3. „Radbruch’sche Formel“: Reflexionsleistung eines Beobachters dritter Ordnung oder allgemeiner Rechtsgrundsatz?	81
V. Legalisierung der gezielten Schusswaffenanwendung als unerträgliche Menschenrechtsverletzung?	84
1. Menschenrecht der Strafbarkeit des gezielten Schusswaffeneinsatzes?	84
1.1. Korrelation von Recht auf Leben und Schutzpflicht des Staates im Lichte des Art. 6 IPBPR	85
1.2. Korrelation von Recht auf Leben und Schutzpflicht des Staates im Lichte der DDR-Verfassungen von 1949 und 1968/74	86
1.3. Nicht einschränkbares, nicht-derogierbares Ausreiserecht als Reflexwirkung des Rechts auf ein Leben ohne drohende Verfolgung oder allgemeine Gewalt	87
VI. Verkopplung von Grundrechten und Grundpflichten durch die DDR-Verfassung von 1968/74	89
1. Was hiess es rechtlich, Mitglied in der Organisation „DDR“ gewesen zu sein?	89
1.1. Verhältnis von politischem System und Rechtssystem der DDR	92
1.1.1. Entdifferenzierung des politischen Systems und des Rechtssystems der DDR	93
1.1.2. Verkopplung der DDR-Grundrechte und Grundpflichten als Bedingung der Möglichkeit der Entdifferenzierung des politischen Systems und des Rechtssystems der DDR	97
1.2. Symmetrie der DDR-Grundrechte und Grundpflichten nach der DDR-Verfassung von 1968/74: Ausreiserecht und Treuepflicht	101
2. Ergebnis: Konzeptualisierung der Ausreisefreiheit nach der DDR-Verfassung von 1968/74 nicht als Freiheit subjektiven Beliebens	103

VII. Es hiess nicht das Gleiche, Mitglied in der Organisation „DDR“ anno 1962 und 1984 gewesen zu sein!	104
1. Unterschiedlicher normativer und faktischer Kontext	104
2. Unterschiedliches Frage-/Prüfungsschema	106
VIII. Ergebnis: Erhebliche „Pass“ungenauigkeiten der Hypothese der Rechtswidrigkeit der gezielten Schusswaffenanwendung zu den Sachverhalten des BGH I/III!	107
C. Argumentation des <i>BGH I/III</i> und des <i>EGMR I/II</i> auf dem juristischen Prüfstand	114
I. BGH I und BGH III: gleiche ungleiche Fälle	115
1. Unterscheidung von vollendetem Delikt und beendetem Versuch	115
2. Keine Rechtfertigbarkeit verzögerter medizinischer Versorgung gemäss § 27 Abs. 2 Grenzgesetz	116
3. Vorrang von Geheimhaltung vor Schutz des Lebens gemäss „Befehlslage“?	117
4. Bindung der Grenztruppen an das Erforderlichkeitsgebot gemäss Grenzgesetz!	119
5. Fazit	121
II. EGMR: Unvereinbarkeit des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots mit der DDR-Verfassung und dem IPBPR einerseits und unerlaubte Ausreise nicht als qualifiziertes Delikt andererseits	122
1. DDR-Recht als innerstaatliches Recht im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK?	124
1.1. Bedingungen der Möglichkeit der Kognition des EGMR	125
1.2. DDR-Recht als Bestandteil des BRD-Rechts? – EV als Rechtsgrundlage bundesdeutscher Jurisdiktion in den Mauerschützen-Fällen?	128
1.3. Überprüfbarkeit der Rechtmässigkeit des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots durch den EGMR?	136

2. Verhältnis von Alle-Mittel-Einsatz-Gebot und allgemeinem Tötungsverbot im DDR-Recht	145
2.1. Fall von Normenkollision?	146
2.2. Kollision von „Staatspraxis“ und IPBPR?	148
2.2.1. Feststellung der Verletzung des IPBPR durch die Pakt-Staaten	150
2.2.2. Verhältnis von IPBPR und innerstaatlichem Recht	154
2.2.3. Junktim vom Recht auf Ausreise und Unrecht der Verhinderung der Ausreise?	158
2.2.3.1. Verhältnis von Recht auf Ausreise und Treuepflicht nach IPBPR	159
2.2.3.2. Verhältnismässigkeit der Durchsetzung des Verbots illegaler Ausreise nach IPBPR?	165
2.2.4. Unerlaubter Grenzübertritt auf eigenes Risiko?	169
2.2.4.1. Risikozuteilung in Abhängigkeit der Tatbestandserfüllung von § 213 Abs. 2 DDR-StGB?	171
2.2.4.2. Risikozuteilung in Abhängigkeit des Anders-hätte-entscheiden-Müssens der Grenzsoldaten – Unterscheidung nach Eingehen eines erlaubten oder unerlaubten Risikos durch den illegal Ausreisenden	172
2.2.4.3. Fazit	176
III. Rechtfertigbarkeit des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots im Fall des <i>BGH III</i> durch „Besonderheiten“?	177
1. Menschenrecht auf Demokratie?	179
2. Menschenrechte und öffentlicher Notstand – Regelung des Art. 4 IPBPR	181
2.1. „Public emergency“ und „officially proclaimed state of emergency“	182
2.2. „Non-derogable rights“ – Nicht derogierbar, aber einschränkbar?	184
2.3. <i>BGH III</i> : Anwendungsfall des Art. 7 Abs. 1 lit. a Römer Statut?	189

2.3.1. Objektive Seite des Tatbestands des Art. 7 Abs. 1 lit. a Römer Statut – Gedanke der Zurechenbarkeit als Determinante der Kategorie „attack“	189
2.3.2. Subjektive Tatbestandsseite des Art. 7 Abs. 1 lit. a Römer Statut	200
2.3.2.1. Willensseite des Vorsatzes – dolus directus oder alternativ dolus eventualis?	200
2.3.2.2. Wissensseite des Vorsatzes – Voraussicht des tatsächlichen Zusammenhangs zwischen der eigenen Handlung und weiterer gleichartiger Handlungen	207
2.3.3. Ergebnis	208
2.4 „The principle of proportionality“	208
3. Überprüfbarkeit der Rechtllichkeit der Schusswaffenanwendung nach Art. 2 EMRK durch bundesdeutsche Gerichte und den EGMR?	210
4. Fazit	212
IV. Übergesetzlicher Ansatz des BGH: „Radbruch’sche Formel“	213
1. „Weiterentwicklung“ des Statuts für den Nürnberger Gerichtshof durch den BGH und die „Radbruch’sche Formel“	215
2. Verhältnis zwischen „Radbruch’scher Formel“ und mensenrechtsfreundlicher Auslegung	221
3. „Radbruch’sche Formel“ und Gesamtbewertung des DDR-Grenzregimes	223
3.1. Herleitung der Strafbarkeit aus der „Radbruch’schen Formel“	224
3.2. Rezeption der Erzählung der Politik vom unerlaubt Ausreisenden als Flüchtling ins Recht	230
4. „Radbruch’sche Formel“ als Mittel der Generalprävention?	234
5. „Radbruch’sche Formel“ als „immanente Grenzen jeder Gesetzgebung“?	237
6. Fazit	246

D. Mauerschützen-Entscheid des BVerfG – Problematik der Indifferenz-Setzung von Vorher und Nachher: Es gilt, als ob schon immer gilt!	248
I. Unterscheidung von (ge)rechtem und un(ge)rechtem Recht (erster Schritt)	248
II. „Materialisierung“ des Begriffs der normativen Geltung des Rechts (zweiter Schritt)	253
III. Indifferenz-Setzung von Vorher und Nachher durch „Es galt schon immer, was galt“	255
1. Materielle Gerechtigkeit als (neue) Einheit der Differenz von Können (politischer Gewalt) und Dürfen (rechtlicher Konditionierung)?	255
2. Emergenz der Asymmetrie von bisher verbotener Rückwirkung des Urteilszeitrechts und neu verbotener Fortwirkung des Tatzeitrechts	258
3. Vereinbarkeit der auf den Einigungsvertrag gestützten quasi grenzübergreifenden Strafgewalt der BRD mit dem Grundgesetz?	261
IV. Fazit	267
E. Strafbarkeitserfordernisse ganz „normaler“ Strafrechtsdogmatik	269
I. Strafbarkeit der angeklagten Grenzsoldaten	269
1. Erfordernis der Kenntnis eines den üblichen Formen bewaffneter Grenzsicherung nicht entsprechenden Grenzregimes	269
2. Schuldausschluss des Verbotsirrtums gemäss bundesdeutschem Wehrstrafgesetz	271
2.1. Was heisst, einem Verbotsirrtum zu unterliegen?	273
2.2. Schuldausschluss gemäss § 5 Abs. 1 WStG – Obliegenheit der Rechtsfolgeneinschätzung	276
2.3. Programm zur Zuteilung der Werte „offensichtliches Unrecht“/„nicht-offensichtliches Unrecht“	277

2.3.1. Rechtsvergleichender Seitenblick auf Art. 33 Römer Statut „Superior orders and prescription of law“	279
2.3.2. Verhältnis von „offensichtlichem Unrecht“ und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums – Kriterium des einschlägigen Soldatenleitbilds	281
2.3.3. Soldatenleitbilder als Objektivierung der Rolle „Soldat“ und ihre Folgen	283
2.3.4. Möglichkeit „reflektierten Selbstverhältnisses“ als notwendige Bedingung der Erkennbarkeit von Unrecht	285
2.3.5. Nochmals: Obliegenheit der Rechtsfolgeneinschätzung nach WStG im Lichte des einschlägigen Soldatenleitbilds	286
3. Fazit	287
II. Strafbarkeit der angeklagten Mitglieder des NVR	288
1. Mittelbare Täterschaft nach DDR-Recht?	289
2. Grenzsoldaten als uneingeschränkt verantwortlich handelnde Tatmittler?	291
3. Unterscheidung von politischer (staatlicher) Gewalt und strafrechtlich relevanter Organisationsherrschaft	294
4. Konzept der Organisationsherrschaft und Römer Statut	300
III. Tertium non datur!	306
F. Alle-Mittel-Einsatz-Gebot im Lichte der „international law exception to the act of state doctrine“ und der Political Question-Doktrin	310
I. Bedeutung der ASD	311
II. „International law exception to the US act of state doctrine“	312
1. „Three Sabbatino factor balancing test“	312
2. „Degree of codification or consensus concerning a particular area of international law“	314

2.1. Verbindliches Völkergewohnheitsrecht für US-Gerichte?	314
2.2. Unverbindlichkeit der AEMR von 1948 und non-self-executing IPBPR!	315
3. Alle-Mittel-Einsatz-Gebot im Lichte der „international law exception to the US ASD“	317
III. Bedingungen der Möglichkeit der Beurteilung des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots nach Massgabe der EMRK-Garantien durch ein britisches Forumgericht	319
1. ASD und HRA	320
2. „Menschenrechtsfreundliche Auslegung“ oder „strong interpretative obligation“	323
2.1. Interpretierbarkeit von § 27 Abs. 2 Grenzgesetz im Sinne des Gebots strikter Erforderlichkeit	326
2.2. Schranken der „strong interpretative obligation“	328
2.2.1. BGH III als Anwendungsfall des judicial self-restraint-Grundsatzes? Oder die Was-wäre-wenn- nicht-Frage	329
2.2.2. „Radbruch’sche Formel“ als verkappter Angemessenheitsgrundsatz?	337
3. Unterscheidung von unlawful act und criminal offence	343
4. BGH I/III als Anwendungsfälle des Art. 7 Abs. 2 EMRK?	344
5. Fazit	346
Schlussteil: Differenz von gleich und ungleich	348
Literatur	361
Sachregister	369

Abkürzungen

A.	Auflage
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof Strafsenat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BV	Bundesverfassung (Schweiz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
CCPR	Centre for Civil and Political Rights
CH	Confoederatio Helvetica (Schweiz)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
DtZ	Deutsche-deutsche-Rechts-Zeitschrift
EGMR	Europäisches Gericht für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz Strafgesetzbuch (BRD)
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
et al.	und andere
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EV	Einigungsvertrag
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fussnote
FRG	Federal Republic of Germany

G	Gesetz
GDR	German Democratic Republic
gem.	gemäss
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
Habil.	Habilitationsschrift
HRA	Human Rights Act (UK)
Hrsg.	Herausgeber
ICC	International Criminal Court
IGH	Internationaler Gerichtshof
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
lit.	litera
Mio.	Millionen
MRM	MenschenRechtsMagazin
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NAG	Notaufnahmegesetz (BRD)
NF	Neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NVA	Nationale Volksarmee (DDR)
NVR	Nationaler Verteidigungsrat (DDR)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
od.	oder
para.	Paragraf
resp.	respektive
Rn.	Randnummer
RW	Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung

s.	siehe
sec.	section
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
subsec.	subsection
Teilbd.	Teilband
u.	und
u.a.	unter anderem
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UNHCR	(Office of the) United Nations High Commissioner for Refugees
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
Urt.	Urteil
US(A)	United States (of America)
usf.	und so fort
v.	vom
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
v/v.	versus
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (BRD)
WStG	Wehrstrafgesetz (BRD)
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZPEMRK	Zusatzprotokoll Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung: Staat – Politik – Recht

Gemäss den Beschlüssen des Nationalen Verteidigungsrates der DDR 1 (NVR) waren die Grenzsoldaten ab Mauerbau bis zum Mauerfall dazu verpflichtet, „in jedem Falle und unter Einsatz jeden Mittels“ die unerlaubte Ausreise aus der DDR in die BRD zu verhindern.¹ Der Innenminister der DDR hielt in der Durchführungsanweisung Nr. 2 vom 19. März 1962 zu seinem Befehl Nr. 39/60 fest, dass die Grenzsoldaten die Schusswaffe anzuwenden hätten, unter anderem „zur Festnahme von Personen, die sich den Anordnungen der Grenzposten nicht fügen, indem sie auf Anruf ‚Halt – Stehenbleiben – Grenzposten‘ oder nach Abgabe eines Warnschusses nicht stehenbleiben, sondern offensichtlich versuchen, die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik zu verletzen und keine andere Möglichkeit zur Festnahme besteht.“ Die Grenzsoldaten hätten gewusst, dass sie bei gelungenen ‚Grenzdurchbrüchen‘ mit einem Ermittlungsverfahren durch den Militärstaatsanwalt rechnen mussten.²

Mit dem von der Volkskammer der DDR am 25. März 1982 beschlossenen 2 Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratischen Republik, kurz, Grenzgesetz, wurde erstmals formal-gesetzlich geregelt, in welchen Fällen die Grenzsoldaten die Schusswaffe einsetzen durften. Sah darin der NVR keinen Grund, auf seine Beschlüsse zurückzukommen, blieb davon die Verpflichtung der Grenzsoldaten, mit allen Mitteln die unerlaubte Ausreise aus der DDR in die BRD zu verhindern, unberührt.

„Über 200 Menschen sind durch den *Schusswaffengebrauch, Minen und Selbstschussanlagen* getötet, mehr als 300 Menschen sind zum Teil schwerstverletzt worden. Die grösste Zahl der Opfer war in den Jahren zwischen 1961 und 1966 zu beklagen.“³

1 BGHSt 40, 218, Rn. 14.

2 BVerfG, 95, 96, Rn. 60.

3 Jutta Limbach, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, DtZ 1993, 67 (Hervorhebungen im Originaltext).

4 Die rechtliche Würdigung der entsprechenden Sachverhalte oblag der Staatsanwaltschaft Berlin:

„Kraft des für die Strafverfolgungszuständigkeit massgeblichen *Tatortprinzips* und der Tatsache, dass die DDR ein *zentralistisch gelenkter Staat* mit dem Sitz in Berlin war, ist Berlin mit dem 3.10.1990 [der Auflösung der DDR durch ihren Beitritt zur BRD] die Aufgabe zugefallen“, die Tötungen unter dem strafrechtlichen Aspekt eines Tötungsdelikts zu würdigen.⁴

5 In der Folge kam es zu Anklagen vor dem Landgericht Berlin gegen Grenzsoldaten bzw. Mitgliedern des NVR und zu Verurteilungen wegen Tötungen von „Flüchtlings“ bzw. Anstiftung zur „Tötung von sieben Menschen, die zwischen 1971 und 1989 aus der DDR über die innerdeutsche Grenzen fliehen wollten.“⁵ Insbesondere die folgenden Revisionsentscheide des BGH und Beschwerdeentscheide des BVerfG sowie des EGMR beschäftigten die Rechtswissenschaft und weitere Wissenschaftszweige nachhaltig:

6 Mit den Entscheiden BGHSt 39, 1⁶ (*BGH I*) und 41, 101⁷ (*BGH III*) bestätigte der Strafsenat zwei Strafurteile des Landgerichts Berlin gegen die angeklagten Grenzsoldaten wegen Totschlags eines „Flüchtlings“ von 1984 und 1962. Und im Entscheid BGHSt 40, 218⁸ (*BGH II*) erkannte der Strafsenat abweichend von der Vorinstanz nicht auf Anstiftung der angeklagten Mitglieder des NVR, sondern auf mittelbare Täterschaft in der Erscheinungsform der Organisationsherrschaft. Die gegen die verworfenen Revisionen erhobenen Verfassungsbeschwerden betreffend Verletzung des Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG wies das BVerfG mit Entscheid BVerfG 95, 96⁹ ab bzw. trat gar nicht erst darauf ein. Mit den beiden Urteilen in Sachen Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland¹⁰ (*EGMR I*) und K.-H. W. v. Deutschland¹¹ (*EGMR II*) Anfang 2001 stellte schliesslich der EGMR auf die von diesen eingereichten Individualbe-

4 Limbach, 66 f. (Hervorhebungen im Originaltext; Ergänzungen durch CL).

5 BGHSt 40, 218, Rn. 2.

6 Abrufbar unter www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/92/5-370-92.php.

7 Abrufbar unter www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-111-94.php.

8 Abrufbar unter www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/94/5-98-94.php.

9 Abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/19/96/10/rs19961024_2bvr185194.pdf;jsessionid=3ABBF3808A828B241CC7C6740440D4A1.2_cid394?__blob=publicationFile&v=3.

10 Abrufbar unter [hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353#{"itemid":\["001-59353"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59353#{).

11 Abrufbar unter [hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59352#{"itemid":\["001-59352"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59352#{).

schwerden hin fest, dass die BRD mit den Verurteilungen der Beschwerdeführer nicht gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK verstieß.

Wieso, lässt sich fragen, soll man in den 2010er Jahren eine weitere juristische Arbeit zu den besagten Entscheiden des BGH und des BVerfG aus den 1990er Jahren sowie des EGMR Anfang 2001 schreiben bzw. lesen? Zumal einerseits die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenzen spätestens mit der Auflösung der Zentralen Ermittlungsstelle Regierungs- und Vereinigungskriminalität (ZERV) seit Ende 2000 als offiziell auf-/abgearbeitet gelten können? Und andererseits die mit ihrer (trans)nationalen juristischen Auf-/Abarbeitung verbundenen staats-, völker- und strafrechtsdogmatischen Probleme und die sich dabei gewissermassen in ihrer Nachbarschaft aufdrängende rechtsphilosophische Frage nach dem richtigen Recht bzw. rechtstheoretische „Ewigkeits“frage „Was ist Recht?“ in einer Vielzahl von Abhandlungen bereits zur Sprache kamen?¹²

Es drängt sich aus einer Reihe gänzlich unterschiedlicher Gründe auf, auf die fraglichen Urteile zurückzukommen und sich mit ihnen nochmals eingehend zu befassen. Die Gründe dafür liegen beispielsweise in den folgenden bisher un- oder unterthematisierten Aspekte der Mauerschützen-Fälle: (1) Entstehungs- und Geltungsgeschichte des DDR-Grenzregimes, (2) juristische Sachverhaltsermittlung und geschichtliche Kontextualisierung des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots (3) Paradox, es galt nicht, was galt, (4) (Un)Gleichheit der Fälle des *BGH I/III*, (5) völkerrechtliche Grenzen der Straffreistellung gezielter Schusswaffenanwendung durch staatliche Sicherheitsorgane und (6) transnationale Gerichtsbarkeit betreffend „the legality of certain acts performed in the exercise of sovereign authority within a foreign country“.

Im Einzelnen:

Bildet die Verpflichtung der Grenzsoldaten, mit allen Mitteln eine unerlaubte Ausreise zu verhindern, kurz, das Alle-Mittel-Einsatz-Gebot, das,

12 Besonders erwähnenswert scheint dem Autor der vorliegenden Arbeit in diesem Zusammenhang der Aufsatz von Wolfgang Frisch, Unrecht und Strafbarkeit der Mauerschützen, in: Erich Samson et al. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, 133-168. Darin löst Frisch den (Selbst-)Anspruch eindrücklich ein, die „vor allem im Gedankengang der herrschenden Sicht“ „unterthematisiert“ gebliebenen und „zu oberflächlich“ beantworteten „zentralen Fragen“ dogmatisch und rechtstheoretisch aufzugreifen und zu durchdringen.

was man in Anlehnung an den Historiker Jakob Tanner den Kontextualisierungsort nennen kann, fragt sich, worin sich dessen Kontext 1962 von jenem 1984 unterscheidet. Aufschluss darüber gibt die *Geschichtsschreibung*, d.h. die beschreibend-erklärende Darstellung der Entstehung des DDR-Grenzregimes. Das erste Kapitel A der vorliegenden Arbeit beinhaltet daher einen entwicklungs- und geltungsgeschichtlichen Abriss des Grenzregimes, der die übrigen Kapitel dieser Arbeit übergreift und verklammert.

- 10 Um es vorwegzunehmen: Die geschichtliche Kontextualisierung des Alle-Mittel-Einsatz-Gebots bedeutet nicht das, was man als historisierende Rechtsanwendung bezeichnen mag. Sie bedeutet indes einen notwendigen Schritt zur Ermittlung der juristisch relevanten Sachverhalte in den beiden Mauerschützen-Fällen. So geht es im zweiten Kapitel B der vorliegenden Arbeit zunächst grundsätzlich um die *juristische Methode der Sachverhaltsermittlung* oder, anders gewendet, darum, zu (er)klären, was es heisst, (irgend)einen rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln.
- 11 Handelt es sich bei den Mauerschützen-Fälle zugleich um einen Stoff, aus dem die Geschichte des Grenzregimes mit gemacht ist, liegt die Parallelisierung dessen, was die Profession der Juristen als *Vergangenheitsaufarbeitung/-bewältigung* durch Recht nennen, mit der Forschung der Profession der Historiker nahe. Ist diese Parallellisierung richtig, hat man zunächst nur einen Vorbegriff davon, was es heissen soll, Vergangenheit aufzuarbeiten/zu bewältigen. Nämlich dahingehend, zu wissen, was war und wie es dazu kam. Unterscheiden sich Funktion und Leistung der beiden sozialen (Teil-)Systeme des Rechts und der Geschichtswissenschaft grundlegend – andernfalls wären sie nicht unterscheidbar –, erweist sich die Parallelisierung von Vergangenheitsaufarbeitung/-bewältigung durch Recht und Geschichtsforschung von vornherein als schief. Dabei weist nicht nur die Theorie sozialer Systeme, sondern auch die Empirie die Schiefheit einer solchen Parallelisierung aus. Einen eindrücklichen Beleg dafür liefert das Urteil des Landgerichts Berlin vom 16. September 1993 gegen einen ehemaligen Verteidigungsminister, einen Chef des Hauptstabes der Nationalen Volksarmee und einen Parteisekretär wegen Anstiftung zum Totschlag von „Flüchtlingen“. Darin kommt das Gericht zur „Überzeugung“, dass

die UdSSR im relevanten Tatzeitraum, d.h. während 30 Jahren(!), „geringen Einfluss“ auf das Grenzregime hatte.¹³

Wie gelangt das Gericht zu dieser Überzeugung? Jedenfalls nicht aufgrund einer von Vorgang zu Vorgang fortschreitenden, mehr oder weniger linearen Darstellung des Grenzregimes, wie es für wissenschaftliche Geschichtsschreibung kennzeichnend ist.¹⁴ Dem Gericht geht es ergo nicht darum, die Vorgänge, die zum Grenzregime führten, festzustellen und zu erklären. Zu diesen Vorgängen gehört fraglos das Schreiben des Oberkommandierenden der sowjetischen Truppen in der DDR vom 14. September 1961 an den Verteidigungsminister. Einen Vorgang, den das Gericht gewissermassen in freier richterlicher Beweiswürdigung nicht als „einseitigen Befehl“, sondern als Ergebnis von Absprache zwischen der DDR und UdSSR deutet.¹⁵ Eine Deutung, die allerdings weder beweisrechtlich noch geschichtswissenschaftlich überzeugt. So stützt sich das Gericht für seine Deutung allein auf Aussagen von Personen, die am Vorgang des besagten Schreibens gar nicht beteiligt waren, also dazu aus eigener Wahrnehmung gar nichts aussagen konnten, und die neuere Forschung konstatiert der DDR damals fehlende Handlungsspielräume (auch) gegenüber der UdSSR.¹⁶

Bestenfalls erzählt das Gericht folglich die Geschichte des Grenzregimes in Modus und Logik der *Lehre der objektiven Zurechnung* oder, mit der Historikerin Ute Daniel gewendet, im Erzählmuster der Fokussierung bestimmter Protagonisten. Das heisst: „Die Frage nach der *agency*, also der Handlungs- und Geschichtsmächtigkeit der verschiedenen Akteure, braucht dann explizit gar nicht mehr gestellt zu werden.“¹⁷ So drängt sich denn hier die Frage nach der Handlungsmächtigkeit von Chruschtschow

13 LG Berlin, Urt. v. 16.9.1993, in: Strafrecht und DDR-Unrecht, Dokumentation, in: Klaus Marxen und Gerhard Werle (Hrsg.), Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze, Bd. 2/2. Teilbd., Berlin 2002, 559.

14 Siehe Ute Daniel, Narrative Strukturen von Ab- und Aufstiegserzählungen der Geschichtswissenschaft, in: Peter Hoeres, Armin Owzar, Christina Schröer (Hrsg.), Herrschaftsverlust und Machtverfall, München 2013, 51.

15 LG Berlin, Urt. v. 16.9.1993, Dokumentation, 557.

16 Michael Lemke, Nur ein Ausweg aus der Krise? Der Plan einer ostdeutsch-sowjetischen Wirtschaftsgemeinschaft als Systemkonkurrenz und innerdeutscher Konflikt 1960-1964, in: Heiner Timmermann (Hrsg.), Die DDR zwischen Mauerbau und Mauerfall, Hamburg et al. 2003, 251.

17 Daniel, 55 (Hervorhebung im Originaltext).

auf. Darauf gibt der Historiker Patrick Major eine prägnante Antwort, kommt er zum Schluss: „Der Mauerbau war [...] eine sich selbsterfüllende Prophezeiung des gescheiterten Chruschtschow-Ultimatums.“¹⁸

- 14 Indes erlaubt die Deutung des Vorgangs des fraglichen Schreibens als Absprache dem Gericht, diesen Vorgang mit den darauffolgenden Vorgängen der Verletzung und Tötung unerlaubt Ausreisender in einen rechtlich behandelbaren, d.h. den Rechtsnormen der vorsätzlichen schweren Körperverletzung und Tötung vergleichend zuordenbaren Sachverhalt zu überführen. Nur fragt sich, ob sich *Sachverhalte staatlicher Gewaltanwendung in Modus und Logik des Einsatzes staatlicher Machtmittel und Individualstrafnormen des gemeinen Strafrechts gleichermaßen vergleichend zuordnen* lassen wie, um im Bild von Reinhard Merkel zu bleiben,¹⁹ der Sachverhalt, dass jemand am Zaun seines Schrebergartens den Nachbarn erschossen hat.²⁰ Mit dieser Frage befasst sich das dritte Kapitel C der vorliegenden Arbeit.
- 15 Zuvor beschäftigt sich aber das zweite Kapitel B mit dem Paradox: Es galt nicht, was galt. War der gezielte Schusswaffengebrauch der Grenzsoldaten durch das im Tatzeitpunkt jeweils massgebliche DDR-Recht gerechtfertigt, wie der BGH einräumt, wie sollen die Angeklagten dennoch tatbestandsmäßig-rechtswidrig gehandelt haben? Antwortet der Gerichtshof darauf, dass nicht rechtfertigbar war, was rechtfertigbar war, bzw. *nicht galt, was galt*, gibt er eine *paradoxe* Antwort. Dann fragt sich, wie der BGH diese Paradoxie auflöst, d.h. in eine rechtlich handhabbare Unterscheidung überführt. Das ist indes keine Frage der Strafrechtsdogmatik, sondern eine der *Rechtsphilosophie*, nämlich nach der Geltung des Rechts in der Unterscheidung von rechtem/unrechtem, richtigem/unrichtigem Recht und dergleichen. Oder *beobachtungstheoretisch* formuliert: Es ist keine Frage der Beobachtung zweiter Ordnung, sondern dritter Ordnung.

18 Major Patrick, Die DDR und die offenen Grenzen vor dem Mauerbau, in: Heiner Timmermann (Hrsg.), Die DDR – Analysen eines aufgegebenen Staates, Berlin 2001, 203.

19 Reinhard Merkel, Politik und Kriminalität, in: Siegfried Unseld (Hrsg.), Politik ohne Projekt, Frankfurt am Main 1993, 302.

20 Für Wolfgang Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt am Main 1996, 20, steht fest, dass diese Sachverhalte nicht zu den Strafgesetzbüchern und ihnen folgenden Dogmatiken „passen“, da diese „regelmässig nur das Grundmuster [kennen]: ein Täter A gegen ein Opfer B.“ „Dieses Verfahren aber [...] stellt die Täter besser als sie stehen dürften“ (Naucke, 21).

Jedenfalls orientiert sich der Gerichtshof an der Rechtsphilosophie von Gustav Radbruch, kurz: an der „Radbruch’schen Formel“.

Haben Bernd Rütters und seinen Mitautoren zufolge die bundesdeutschen Gerichte den Rechtfertigungsgründen der §§ 26, 27 DDR-Grenzgesetz „die Qualität als Recht aberkannt“,²¹ bzw. hat der BGH in „Anwendung“ der „Radbruch’schen Formel“ diese als unbeachtlich beurteilt,²² was heisst das dann für das Rechtssystem als solches und für die Rechtsstellung des DDR-Bürgers? Mit beiden Fragestellungen befasst sich das Kapitel C der vorliegenden Arbeit. 16

Um es vorwegzunehmen: Für das *Rechtssystem* bedeutet die „Anwendung“ der „Radbruch’schen Formel“ nicht nur die Unterscheidung von Recht/Unrecht zu handhaben, sondern nunmehr auch die Unterscheidung von rechtem/unrechtem Recht. Geht man mit der soziologischen Systemtheorie von Niklas Luhmann davon aus, dass sich das Rechtssystem wie jedes andere soziale System auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung selbst steuert,²³ droht dann das System nicht zu kollabieren? Oder anders gefragt: Was wären die Bedingungen der Möglichkeit, dass die Unterscheidung von rechtem/unrechtem Recht die operative Geschlossenheit des Rechtssystems nicht aufsprengt, und wären diese Bedingungen in *casi* erfüllt? 17

Für die *Rechtsstellung des DDR-Bürgers* hiesse die „Anwendung“ der „Radbruch’schen Formel“, dass er das Recht hatte, sich über das Ausreiseverbot hinwegzusetzen, und korrelativ die Pflicht des Staates bestand, ihn ungehindert ausreisen zu lassen, stellt die „Radbruch’sche Formel“, wie der Philosoph Wolfgang Kersting festhält, „ein verkapptes *ius resistendi*“ dar.²⁴ 18

21 Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6. A., München 2011, Rn. 49 in fine. Die Autoren greifen allerdings die Mauerschützen-Fälle unter der Fragestellung „Was ist Recht?“ auf, die man als Gegenstand und Aufgabe der Rechtstheorie betrachtet. Abgesehen davon, heisst Recht die Qualität des Rechts absprechen, Recht als Nicht-Recht zu qualifizieren, mit dem Ergebnis, dass Recht gleich Nicht-Recht ist. Wahrlich paradox!

22 BGHSt 41, 101, Rn. 19 f.

23 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, 144.

24 Wolfgang Kersting, *Politik und Recht, Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*, Weilerswist 2000, 375 (Hervorhebungen im Originaltext). Bereits John Locke hat dem Bürger das Recht zum Widerstand im Falle fundamentaler Verletzungen seiner Grundrechte zuge-

- 19 Zunächst fällt auf, dass *BGH I/III* wie das Schrifttum, die der „Radbruch’schen Formel“ *Normativität* zuerkennen, diese Latenz nicht einmal thematisieren, was umso mehr überrascht, bedenkt man Folgendes: Handelte es sich beim Ausreiseverbot um eine unerträgliche Verletzung des Grundrechts auf Ausreise, dann musste es doch in der Logik der „Radbruch’schen Formel“, mit Kersting gewendet, „von allen direkt mit [seiner] Durchsetzung befassten Bürgern [...] als ungültig angesehen werden“,²⁵ und folgerichtig uno actu auch das Alle-Mittel-Einsatz-Gebot.
- 20 Indes erkennt der Gerichtshof wie der EGMR *kein Junktim zwischen dem Recht auf Ausreise und Unrecht der Verhinderung der Ausreise*, was vor dem Hintergrund seiner „Gesamtbewertung des Grenzregimes“ und seiner Argumentation von der Völkerrechtswidrigkeit des Ausreiseverbots überrascht. Vielmehr oszilliert der BGH zwischen Ausreiseverbot und Alle-Mittel-Einsatz-Gebot und muss sich dann für das eine oder das andere entscheiden, um die Mauerschützen-Fälle entscheiden zu können. „[Sind] Inzesttabu und Tötungstabu vermutlich die beiden einzigen *universellen* Tabus“,²⁶ überrascht nicht, dass der Gerichtshof für seine Entscheidung nicht am Ausreiseverbot, sondern am Alle-Mittel-Einsatz-Gebot ansetzt.
- 21 Ausserdem setzt sich Kapitel C mit der Frage auseinander, ob es sich bei *BGH I* und *BGH III* um gleiche oder ungleiche Fälle handelt. Angenommen die beiden Fälle wären Gegenstand einer schriftlichen Abschlussprüfung, in welcher der zu Prüfende zu beurteilen hätte, ob sich die angeklagten Grenzsoldaten strafbar machten: Er wird naheliegend ein Prüfungsschema erstellen, d.h. die Frage nach der Strafbarkeit der Angeklagten thematisch in weitere Fragen untergliedern und sie systematisieren. So stellt sich zu(aller)erst die Frage, wie sich die Sache in *BGH I* im Vergleich zu *BGH III* verhält: gleich oder ungleich. Für die *Ungleichheit* der beiden Fälle spricht nicht nur der unterschiedliche äussere Tathergang, sondern (und vor allem) auch der unterschiedliche Kontext, in dem sie sich ereigneten.

standen (Kersting 374; Ludwig Siep, Delegitimierung und Widerstandsrecht in der politischen Philosophie der Frühen Neuzeit, in: Peter Hoeres, Armin Owzar, Christina Schröer (Hrsg.), Herrschaftsverlust und Machtverfall, München 2013, 75).

25 Kersting, 375.

26 Horst Dreier, Grenzen des Tötungsverbots – Teil 1, JZ 6/2007, 261 (Hervorhebung durch CL).

Unbesehen davon beurteilt der BGH die beiden Fälle gleich. Denn in beiden Fällen begingen ja die angeklagten Grenzsoldaten eine unerträgliche Verletzung der Menschenrechte. Eine Bewertung, die der Gerichtshof wiederum auf seine „Gesamtbewertung des Grenzregimes“ stützt und damit auf eine 30 Jahre überspringenden Synthesis. Eine Gesamtbewertung, die dem *BGH III* im Jahr 1962 ohnehin nicht (so) möglich gewesen wäre, hätte er den Fall bereits damals entscheiden müssen. 22

Aber wie begründet der BGH rechtfertigend, dass nach Massgabe der „Unerträglichkeits-Formel“ – wie die „Radbruch’sche Formel“ vom Gerichtshof auch genannt wird – die inkriminierten Taten nicht von der Strafbarkeit ausgenommen werden konnten? Indem der BGH geltend macht, dass er „materiell-rechtliche Grundlagen des Urteils des Internationalen Militärgerichtshofs vom 30. September/1. Oktober 1946 [...] für einen speziellen Fall weiterentwickelt [hat].“²⁷ Soll heissen, dass der Gerichtshof vermittels der „Radbruch’schen Formel“ die in Art. 6 lit. c *Statut für den Nürnberger Gerichtshof* aufgeführten Verbrechen gegen die Menschlichkeit fortbildet. 23

Dann fragt sich, ob die Sachverhalte des *BGH I/III* am Massstab des Art. 7 Abs. 1 lit. a *Römer Statut* subsumier gewesen wären, wäre das Römer Statut damals bereits in Kraft gewesen. So lässt sich denn an dieser Bestimmung aufzeigen, welche Tatbestandselemente zu jenen des allgemeinen Tötungstatbestands hinzukommen müssen, damit tödliche staatliche Gewalt den Tatbestand eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit erfüllt. Grob gesagt sind es die beiden Elemente „Systematizität“ (i.e., „murder“ „when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population“) und „Politizität“ (i.e., „[to commit such attack] pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy“).²⁸ Analytisch ist das Verbrechen gegen die Menschlichkeit folglich ein *Delikt (systematischer) politischer (staatlicher) Gewalt*. 24

27 BGHSt 41, 101, Rn. 28.

28 Die Wortbildungen „Systematizität“ bzw. „Politizität“ gehen auf den Linguisten Ferdinand de Saussure bzw. den Politologen Heinrich Busshoff zurück. Doch bedeutet hier Systematizität, dass die einzelnen Akte, die jeder für sich genommen(!) den Tatbestand direktvorsätzlicher Tötung erfüllen, in einem derart engen inneren und äusseren Zusammenhang stehen, dass sie als *ein* Akt erscheinen. Und Politizität, dass der innere Zusammenhang zwischen den Einzelakten, darin besteht, dass ihre Ausführung *politisch entschieden* ist.

- 25 So fordert denn auch Kai Ambos für das Völkerstrafrecht „the development of a *mixed system of individual-collective responsibility* in which the criminal enterprise or organization as a whole serves as the entity upon which attribution of criminal responsibility is based.“²⁹ Allerdings: Kriminalisiert Art. 7 Römer Statut nicht Herrschaft und Macht als solche, d.h. nicht die Formen, in denen sie organisiert sind, sondern bestimmte Formen, in denen sie ausgeübt werden, kann es für die Zurechenbarkeit entsprechender Individualakte zu einer Organisation wie der Organisation „Staat“ auf deren Attribuierung „criminal“ nicht ankommen. Eine Zuschreibung, die indes nach der Lehre von der Organisationsherrschaft eine notwendige Bedingung dafür darstellt, den sogenannten Hintermännern die Individualakte zurechnen zu können, als ob sie diese selbst (mit)ausgeführt hätten.³⁰ So gesehen überrascht die Etikettierung der DDR als Unrechtsstaat nicht. Wiederum analytisch handelt es sich jedoch hierbei eher um ein polemisches Schlagwort oder, wie Josef Isensee konstatiert,³¹ um einen politischen Kampfbegriff.
- 26 Markiert die Regelung des Art. 7 Abs. 1 lit. a Römer Statut nicht nur die äusserste Grenze, innerhalb derer tödliche staatliche Gewalt völkerrechtlich nicht strafbar ist, sondern gleichsam die äusserste Grenze, innerhalb derer ein Staat solche Gewalt innerstaatlich von der Strafbarkeit ausnehmen kann, werden die Versuche im Schrifttum verständlich, die Gewaltakte an der deutsch-deutschen Grenze als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren.
- 27 Eine Qualifikation, die auch zur Folge gehabt hätte, dass sich in casi das Problem mit dem Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG und des Art. 7 Abs. 1 EMRK gar nicht gestellt hätte? Zum einen stützt der EGMR

29 Kai Ambos, *Command responsibility and Organisationsherrschaft: ways of attributing international crimes to the ‘most responsible’*, abrufbar unter www.departm-ent-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/formsofatttributionetc_in_systemcriminality,CUP2009_127-157.pdf, 157 (Hervorhebungen im Originaltext).

30 So spricht Claus Roxin, der Begründer dieser Lehre, von einer Organisation, die sich als Ganze von den Normen des Rechts gelöst hat (Anmerkung [zu BGHSt 40, 218], JZ 1/1995, 51).

31 Josef Isensee, *Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einigung Deutschlands*, in: ders./Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, *Die Einheit Deutschlands – Festigung und Übergang*, Heidelberg 1997, § 202 Rn. 4.