

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. BGH III: 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 Rechtmäßigkeit 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 menschenrechtsfreundlicher 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