

Buchrezension

Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2003, 295 S., € 78,-

Dem *Verf.* geht es nicht um die Erfassung des Tatbestandes der Rechtsbeugung in seiner Gesamtheit. Auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechungsfälle beschränkt sich seine Kritik auf die Behandlung ausgewählter Problemfelder des Tatbestandes. Deshalb fragt er hinsichtlich der Urteile des BGH zur Rechtsbeugung in der NS-Zeit sogleich, ob der Tatbestand an seinen „Schlüsselstellungen, nämlich dem Vorsatzinhalt oder der Einbeziehung von übergesetzlichem Recht [...] juristisch haltbar“ ausgelegt wurde und welche Rechtsfolgen sich daraus ergaben. Entsprechend fragt er, ob hinsichtlich der Entscheidungen des BGH zur Rechtsbeugung in der DDR „der Anwendungsbereich der Rechtsbeugung“ – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zur NS-Justiz – „nunmehr adäquat definiert“ wurde und überdies, ob in dem einen wie auch dem anderen Fall die Richter privilegiert wurden (S. 14 f.). Im Einzelnen:

I. Die Untersuchung der Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung im NS-Staat beginnt mit der Frage nach der „Vorsatzform [...] – dolus eventualis oder dolus directus?“ Diese Frage nach dem subjektiven Tatbestand lässt sich sachgerecht eigentlich erst beantworten, wenn die Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes hinreichend geklärt sind (vgl. die Kritik des *Verf.*, S. 27, 2. Abs.). Deshalb geht der *Verf.* zunächst auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der Norm und damit zugleich auch auf die Tathandlung und den Erfolg ein. Zu Recht kommt er zu dem Ergebnis: Weder die Entstehungs- und Gesetzgebungsgeschichte des § 336 StGB a.F. noch der Wortlaut der Vorschrift vermögen die Beschränkung der Vorsatzart auf den dolus directus zu rechtfertigen (S. 19).

Im Folgenden werden die Nachkriegsjudikatur, d.h. die Rechtsprechung des OGH für die Britische Zone knapp in der Fußnote, der Beschluss des OLG Bamberg aus dem Jahre 1949 hingegen ausführlich wegen seiner Vorreiterfunktion für die Rechtsprechung des BGH sowie diese selbst erörtert. Dabei ergibt sich, dass der BGH aus seiner anfänglichen Unentschiedenheit zur maßgeblichen Vorsatzform erst mit BGHSt 10, 294 herausfindet und zwar mit der Festschreibung des dolus directus. Zur Begründung dieser Beschränkung wird vom BGH die Sicherung der Unabhängigkeit des Richters angeführt. Dass die vom BGH hierzu angestrebten Überlegungen die Beschränkung auf den dolus directus letztlich nicht zu tragen vermögen, wird vom *Verf.* unter Heranziehen der vorfindlichen Literatur im Ergebnis richtig aufgezeigt. Im Anschluss an *Fritz Bauer* ist der *Verf.* ferner der Ansicht, dass die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzform bei der Rechtsbeugung „Vorschub für den zu vermeidenden ‚Anschein der Schaffung eines Standesprivilegs‘ geleistet“ habe (S. 36).

Der nächste Abschnitt handelt von der Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes. Hierzu führt der *Verf.* zunächst die von *Radbruch* 1946 in seinem Aufsatz „Gesetzliches

Unrecht und übergesetzliches Recht“ (SJZ 1946, 108) formulierte richterliche Strafbegrenzung an: „Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus“. Vor diesem Hintergrund fragt der *Verf.* sodann, wie der BGH diese Sperrwirkung tatsächlich gehandhabt habe. Dabei rügt er zu Recht ihre personale Reichweite, z.B. durch Einbeziehung eines Generals eines SS-Armee-korps als eine einem Laienrichter gleich zu behandelnde Person. Soweit die Verknüpfung von Sperrwirkung und Vorsatzerfordernis in Form des dolus directus vom BGH auch auf die richterliche Unabhängigkeit als Ziel des § 336 StGB a.F. gestützt wird, sieht der *Verf.* hierin ebenfalls eine fragwürdige Ausdehnung der Sperrwirkung und zwar nicht nur auf den nur mit dolus eventualis handelnden Richter, sondern wegen der vom BGH befürworteten personalen Reichweite auch auf jeden anderen weisungsgebundenen und damit abhängigen Beamten.

Diese Ausdehnung der Sperrwirkung führe dazu, dass sie nicht länger mit der Schutzfunktion der richterlichen Unabhängigkeit begründet werden könne. Stattdessen müsse folgendes gelten: Im „Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Sperrwirkung bzw. Rechtsbeugungstatbestand“ komme „dem § 336 nur die Aufgabe zu, die in Art. 97 I GG normierte Bindung an Gesetz und Recht zu kontrollieren und den Missbrauch der richterlichen Unabhängigkeit zu verhindern“ (S. 45 ff., 47). Dem entspricht es im Wesentlichen, wenn in der Literatur der Zweck des § 336 StGB a.F. schlicht darin gesehen wird, objektiv falsche Entscheidungen zu verhüten.¹

Auf dieser Grundlage hegt der *Verf.* auch „rechtshistorische Zweifel an der Position des BGH“ (S. 48 ff.).

Dazu problematisiert er die Tatsache, dass der BGH mit seinem Rückgriff auf den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit die Sperrwirkung ausgerechnet NS-Richtern habe zugute kommen lassen. Trotz Fortgeltung des § 1 GVG (wonach die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt wird) in der NS-Zeit sei nach dem NS-Justizverständnis unter dem Begriff der Unabhängigkeit des Richters inhaltlich etwas ganz anderes verstanden worden als es dem rechtsstaatlichen Verständnis entspricht: Der Richter sei gebunden gewesen an die leitenden Grundsätze des Führerstaates und habe seine Arbeit nach der NS-Weltanschauung auszurichten gehabt (S. 48 f.). Aber – „er blieb dennoch Richter: Freiräume bei der Entscheidung hatte er auch“ (S. 50 Fn. 165). Teilt man diese Ansicht des *Verf.*, dann richtet sich sein Vorwurf der Sache nach nur noch dagegen, dass der BGH Inhalt und Reichweite seines Begründungsstranges, Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, nach den damaligen Umständen nicht hinreichend ausgeleuchtet hat. Dem vom *Verf.* im Einklang mit früheren Überlegungen *Grünhuts* aufgezeigten Zwischenergebnis ist zuzustimmen: Der seit BGHSt 10, 294 geforderte direkte Vorsatz führt durch entsprechende Ausdehnung der Sperrwirkung zu einer Überdehnung des Haftungsprivilegs, der Verantwortung

¹ *Spendel*, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 66.

und Kontrolle der Rechtsprechung illusorisch zu machen geeignet ist (S. 53 f.).

Im Folgenden geht es dem *Verf.* um die Reichweite der Sperrwirkung: Sie entfällt bei sog. Scheinverfahren. Dazu geht er zunächst aus von der in der Literatur vorgenommenen Abscheidung von nichtiger Entscheidung und Nichturteil und geht dann über zu dem fehlsam durch subjektive Kriterien bestimmten Begriff des Scheinverfahrens durch den BGH. Dieser subjektiv eingefärbte Begriff, kein Recht, sondern „willkürliche Machtsprüche“ sprechen zu wollen, werde zu einer nicht gebotenen Umschreibung einer Tatbestandsvariante der Rechtsbeugung. Im Übrigen werde die mangelnde Deutlichkeit des Begriffs Scheinverfahren auch in der Abgrenzung zu rechtsbeugenden, nichtigen Urteilen und Nichturteilen durch die Rechtsprechung nicht behoben (S. 62 ff.). Das zeigt der *Verf.* auch an Denunziantenprozessen auf (S. 70 f.). Obwohl die betroffenen Verfahren bloße Scheinverfahren gewesen seien, seien die Urteilssprüche nicht als nichtige Entscheidung oder als Nichturteil, sondern lediglich als rechtswidrig angesehen worden. Das hatte zur Folge, dass die Sperrwirkung des § 336 StGB a.F. erhalten blieb und die Strafbarkeit Tateinheitlich begangener Delikte von der Feststellung einer mit direktem Vorsatz begangenen Rechtsbeugung abhing. Zu Recht rügt der *Verf.*, dass der BGH trotz seiner mehrfachen verbalen Verdikte gegen die NS-Urteile niemals die Grundsatzfrage nach der Wirksamkeit oder Nichtigkeit solcher Urteile stellte (S. 71 ff. [74]).

Im nächsten Abschnitt „Recht' im Sinne des Rechtsbeugungstatbestandes“ geht es dem *Verf.* um die Frage, ob jenseits des gesicherten Bereichs (formelles, materielles Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts) auch ein übergesetzliches Recht als beugungsfähiges Recht i.S. des § 336 StGB a.F. anzuerkennen ist (S. 74 ff.). Dabei stellt er zunächst die *Radbruchsche* Formel nur vor und beschäftigt sich sogleich mit der „Wehrlosigkeitsthese“ infolge Rechtspositivismus in der Weimarer Justiz, innerhalb der Wissenschaft sowie schließlich der NS-Richterschaft. Sein Ergebnis lautet: Die rechtstatsächliche Aussage *Radbruchs*, wonach der Rechtspositivismus den Juristenstand wehrlos gemacht habe gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts widerspreche den seinerzeit vorfindlichen antipositivistischen Tendenzen in Justiz und Wissenschaft. Hält man die vom *Verf.* hierauf gegründete „antilegale Grundhaltung“ (S. 85) nicht für (allein) maßgeblich, dann bleibt die Frage nach einem anderen oder weitergehenden rechtstatsächlichen Begründungsstrang.²

Anschließend greift der *Verf.* die Frage nach dem übergesetzlichen Recht als beugungsfähigem Recht i.S. des § 336 StGB a.F. wieder auf. Dazu wendet er sich S. 86 ff. den Schwächen des normativ-geltungstheoretischen Ansatzes *Radbruchs* zu. Seine Kritik berücksichtigt zum Einen nicht hinreichend, dass es 1946 im Gegensatz zu heute an nationalen und internationalen Gerechtigkeitsgeboten fehlte. Überdies bleibt abzuwarten, ob sie ausreichend sind. Zum Anderen: Nur derjenige, der entgegen *Radbruch* die Wurzel des

Naturrechts (d.h. des übergesetzlichen Rechts) nicht länger in der Jahrtausende alten gemeinsamen Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung sieht und das Gebot, Gott mehr zu gehorchen als den Menschen, leugnet und zwecks Berücksichtigung der damaligen rechtstatsächlichen Wirklichkeit an die Stelle des so verstandenen übergesetzlichen Rechts ein „übergesetzliches NS-Naturrecht“ (S. 89), und das heißt letztlich, den Führerwillen setzt und von hier aus argumentiert, nur dem kommen heute „konstruktive Bedenken im Hinblick auf den Rechtsbeugungstatbestand“ und nur der vermag heute von „rechtsphilosophischer Unzulänglichkeit“ (S. 91 f.) der *Radbruchschen* Formel zu handeln. In Erinnerung an *Victor Klemperer*³ könnte man hinsichtlich der Wortschöpfung „übergesetzliches NS-Naturrecht“ daran denken, Worte können sein wie winzige Arsendosen und nach einiger Zeit ist die Wirkung dieser „verbalen Unkultur“ da. Dabei wird nicht in Abrede genommen, dass wissenschaftlich die Frage gestellt werden kann, ob überhaupt und wenn ja, inwieweit sich Bestandteile der NS-„Rechtslehre“ als naturrechtliche oder naturrechtsanaloge Sätze begreifen lassen.⁴ Von dieser Fragestellung ist jedoch die vom *Verf.* geführte Auseinandersetzung mit dem Begriff des „übergesetzlichen Rechts“ weit entfernt.

Hinzu kommt noch folgende Frage: Woher nimmt der *Verf.* eigentlich die Gewissheit, dass der Standesbeamte im Wetzlarer Aufgebotsfall, hätte er nicht im Sinne vorweggenommenen Gesetzesunrechts gehandelt, Gefahr gelaufen wäre, sich nach § 336 StGB a.F. strafbar zu machen (S. 89)?⁵ Angesichts dieser bloßen Behauptung geht auch seine weitere Argumentation ins Leere, man lege dem Standesbeamten die Pflicht auf, er hätte sich seinerzeit strafbar machen müssen.

Die nächsten beiden Abschnitte erschöpfen sich in bloßen Folgerungen aus dem vom *Verf.* vertretenen positivistischen Ansatz. So werden S. 93 ff. der Wortlaut des Rechtsbeugungstatbestandes und der Wille des Gesetzgebers daraufhin untersucht, ob in dieser Vorschrift auch die Verletzung überpositiven Rechts strafbewehrt ist. Der *Verf.* gelangt zu dem Ergebnis, dass zwar nach dem Wortlaut mit dem Begriff „Recht“ die Einbeziehung von überpositivem Recht vereinbar wäre, mit Blick auf damaliges Verfassungs- und Gesetzesrecht indes nur staatlich positiviertes Recht umfasst war. Entsprechendes habe auch nach heutigem Verfassungsrecht zu gelten.

S. 96 ff. wird der Grundsatz *nulla poena sine lege* in seinen Funktionen Rückwirkungsverbot, Bestimmtheitsgebot und dem damit verknüpften Gesetzlichkeitsprinzip erörtert. Zwar sei aus der Naturrechtsperspektive die Einbeziehung übergesetzlichen Rechts in den § 336 StGB a.F. mit dem

³ LTI 1995, S. 21.

⁴ Vgl. *Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008.

⁵ Vgl. dagegen die Ausführungen von *Spendel* (Fn. 1), S. 21 ff., 29 f. unter Hinweis auf die Verwaltungsanweisung des damaligen Innenministers, ähnliche Aufgebotsanträge nicht etwa ebenfalls abzulehnen, sondern zurückzustellen im Hinblick auf bevorstehende Gesetzesänderungen.

² Zur Antwort vgl. *Spendel* (Fn. 1), S. 7 ff., 10 f. m.w.N.

Rückwirkungsverbot vereinbar, aus positivistischer Sicht werde damit aber die Faktizität des damaligen Gesetzesrechts bewusst geleugnet (S. 100). Hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes greift der *Verf.* auch auf das schon oben kritisierte „NS-Naturrecht“ zurück und folgert – insoweit zutreffend –, dass unter seiner Anwendung Gesetzesrecht zu formbarem Wachs in den Händen des Richters wurde (S. 103). Dass sich diese Problematik hinsichtlich des Gesetzlichkeitsprinzips verschärfe, wird S. 103 f. betont. Dass Gleiches auch heute noch zu gelten habe, ist nicht zuzugeben, nachdem sich in unserem Kulturkreis im Gegensatz zur normativen Armut von 1946 ein dichtes Netz von Normierungen zur Auslotung der Gebote höherer Gerechtigkeit gebildet hat.⁶

Der Frage, ob überhaupt und inwieweit die Nachkriegsjustiz und der BGH Naturrecht in den Tatbestand des § 336 StGB a.F. einbezog, wird S. 104 ff. nachgegangen. Die Antwort des *Verf.* bestätigt im Wesentlichen die Erkenntnis *Spendels*⁷, dass jedenfalls der BGH der Entscheidung ausgewichen ist, ob die Beugung des Rechts durch Anwendung eines ungerechten und ungültigen NS-Gesetzes möglich sei (S. 107 f.). Das Bekenntnis des BGH zu überpositivem Recht, sei „oft doch mehr ein Lippenbekenntnis als eine Herzenssache“⁸ gewesen.

Der vorletzte große Abschnitt befasst sich mit der „Beugung des Rechts“, also der Tathandlung, und zwar in den Varianten der Sachverhaltsverfälschung, der Rechtsbeugung bei der Rechtsanwendung im engeren Sinne sowie bei der Ermessensentscheidung (S. 115 ff.). Bezogen auf die Beurteilung von NS-Justizakten geht es dem *Verf.* vor allem um die Frage, welcher Auslegungsmaßstab für das damalige angewandte Recht angelegt werden muss. Seine Antwort lautet: Entscheidend ist, ob „ein Verstoß gegen die frühere positive Rechtslage zu registrieren“ ist „oder nicht“. Dabei ist „nach der zur Tatzeit vertretbaren Auslegung der Norm zu fragen“ (S. 120). Diese – aus der Sicht des *Verf.* – auch in diesem Kontext vorgenommene konsequente Ausblendung des Naturrechts ist geeignet, die Aufarbeitung von NS-Unrecht mehr zu verhindern als sie zu fördern.

Es folgt eine Darstellung der Aussagen des BGH zur Auslegung. Nach Ansicht des *Verf.* sind sie insofern widersprüchlich, als der BGH einmal Auslegungskriterien nach der Tatzeit heranzieht und insoweit positivistisch argumentiert, zum Anderen aber bisweilen ausdrücklich auf rechtsstaatliche Maßstäbe rekurriert (S. 133). Allerdings war dieser Rekurs jedenfalls bei der Entscheidung vom 30.6.1959 (S. 129 ff.) – wie auch der *Verf.* nicht verkennt – angesichts des festgestellten Ermessensmissbrauchs nicht entscheidungserheblich.

Unter dem Titel „Rechtsblindheit oder politische Verblendung?“ werden S. 135 ff. „Vorsatzinhalt und Rechtsbegriff“ problematisiert. Eine kurze Darstellung der Lösungsansätze in der Literatur führt den *Verf.* dazu, den „Überzeugungstäter, dessen von der geltenden Rechtsordnung abwei-

chende Vorstellungen über die richtigen Normen damit irrelevant sind, [...] nach § 336“ zu bestrafen (S. 139). Es folgen Entscheidungen der Nachkriegsjustiz und des BGH zum Überzeugungstäter. Der Mangel einer sachgerechten Abscheidung der politischen Verblendung von der Rechtsblindheit veranlasst den *Verf.* zu einem Exkurs über die subjektive Rechtsbeugungstheorie, die er im Ergebnis zu Recht ablehnt (S. 146 ff.).

II. Der 2. Teil der Arbeit analysiert die Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung in der DDR. Eingangs stellt der *Verf.* die Vergleichbarkeit beider Regime (NS-Staat und DDR) und deren Rechtsverständnis fest.

Im Anschluss an *Schöneburg* heißt es: „Das Recht wird [sc. jeweils] dem Primat der Politik unterstellt“ zwecks Durchsetzung der Ideologie. „Die Funktion des Rechts besteht zumindest auch in der Unterdrückung des Individuums zugunsten des Kollektivs“ (S. 153 ff., 155). Die weiterhin benannten Gemeinsamkeiten beider totalitärer Staaten sollen zwar Rückschlüsse für die Vergleichbarkeit der „Altataten“ zulassen; zu Recht weist er aber darauf hin: Vergleichbarkeit hier bedeute nicht zugleich Gleichstellung dort (S. 160). Folgerecht fragt der *Verf.* zunächst nach dem Strafanwendungsrecht, also nach dem Anwendungsbereich des § 244 DDR StGB⁹. Dazu geht er auf Art. 315 Abs. 1 S. 1 EGStGB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 und 3 StGB, das Beitrittsprinzip contra internationale Lösung, die Unrechtskontinuität von § 244 DDR StGB und § 339 StGB, den Mildevergleich, Unterbrechung, Ruhen, Verlängerung von Verjährungsfristen, sowie Amnestie im Verständnis von Lehre und Rechtsprechung des BGH (vgl. S. 183 ff.) ein. Auch an dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, wenn der *Verf.* anstelle der von ihm bevorzugten Trennung von Literatur und Rechtsprechung diese Problemkreise „ganzheitlich“, also jeweils zusammenfassend abgehandelt hätte (man vergleiche nur seine vielfachen Verweise auf die Literatur in Fn. II 159, 164, 165, 191, 196).

Der Rechtsfigur der Sperrwirkung im Kontext mit § 244 DDR StGB geht der *Verf.* S. 193 ff. nach mit dem Ergebnis: Der grundsätzlichen Befürwortung, den DDR-Richtern die Sperrwirkung zuzubilligen, sei zuzustimmen, nicht hingegen der in BGHSt 41, 247 (255) angeführten Begründung, die Sperrwirkung sei vornehmlich als Folge einer Spezialregelung systematisch geboten.

Der mit Teil I vorgegebenen Gliederung folgend, wendet sich der *Verf.* S. 198 ff. den Fragen von Naturrecht und Gesetzlichkeit zu, insbesondere: Ist die Einbeziehung des Naturrechts in § 244 DDR StGB möglich oder sogar erforderlich, gibt es naturrechtswidrige DDR-Gesetze, ist deren richterliche Anwendung eine tatbestandliche Rechtsbeugung? Diese Fragen verneint der *Verf.* vom Standpunkt einer rechtspositivistischen Auffassung (S. 201). Maßstab für die Rechtsgültigkeit jedweder DDR-Norm, also auch der Strafvorschriften, müsse die DDR-Verfassung sein. Dieser positivistischen Ansicht entsprächen überdies der Wortlaut und die ratio legis des § 244 DDR StGB. Gleiches ergebe sich auch aus dem zu

⁶ Vgl. *Hassemer*, Einführung zu Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 2002, S. XX f.).

⁷ In: Jeschke/Ruß/Willms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 10. Aufl. 1988, § 336 Rn. 51.

⁸ *Spendel*, JZ 1987, 581 (582).

⁹ Vgl. im Einzelnen S. 160 ff. m.w.N., sowie *Spendel*, Für Vernunft und Recht, 2004, S. 239 ff.

beachtenden Einigungsvertrag und hier insbesondere aus Art. 315 Abs. 1 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 1 StGB. Folgt man dem, dann ist für Naturrecht kein Raum, und deshalb fällt nach Ansicht des *Verf.* unter § 244 DDR StGB nur das jeweils angewandte DDR-Recht. Bei diesem auf die „Prinzipien Rechtssicherheit, Gesetzlichkeit und Vertrauensschutz“ als „Ausdruck der Gerechtigkeit“ gestützten positivistischen Maßstab für die Rechtsanwendung jedweder DDR-Norm (S. 200 f.), bleibt allerdings außer Betracht, dass es des Sprungs ins Naturrecht vielleicht schon deshalb gar nicht bedarf, weil sich aus menschenrechtlichen Beschwörungen im Strafgesetzbuch der DDR, der Verbürgungen von Grenzen staatlicher Eingriffe, von Freiheit und Verhältnismäßigkeit in der DDR-Verfassung sowie den Garantien von Grundfreiheiten in internationalen Vereinbarungen, denen die DDR beigetreten war, ohnehin die Gebote der Gerechtigkeit entnehmen lassen, die für eine normative Kritik der positiven Gesetze notwendig sind.¹⁰

Folgt man dem, dann sind auch die S. 204 f. vom *Verf.* geäußerten verfassungsrechtlichen und konstruktiven Bedenken gegen die Berücksichtigung übergesetzlichen Rechts obsolet, es sei denn, man teilt auch in diesem Kontext seine Ansicht, dass die Strafwürdigkeit von DDR-Richtern weder auf die allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte, den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte noch auf das völkerstrafrechtlich konzipierte Kontrollratsgesetz Nr. 10 gegründet werden könne (S. 206 f.). Dagegen spreche „die in dem Einigungsvertrag spezielle und damit vorgehende in Art. 315 I EGStGB getroffene Regelung, wonach grundsätzlich das DDR-Recht maßgeblich ist“ (S. 207). „Dass der sich zulasten des positivierten DDR-Rechts auf die marxistische Ideologie berufende Richter straffrei ausgeht, wenn man ein inhaltlich an den Menschenrechten orientiertes Naturrecht in den Tatbestand der Rechtsbeugung einbezieht“ (S. 208), zu diesem fehlsamen Ergebnis vermag nur zu gelangen, wer aus dem unersetzbaren Juwel der internationalen Vereinbarungen zum Schutze der Menschenrechte ersetzbarer Talmi macht (s.o. unter I.).

Im Folgenden fragt der *Verf.* nach der Einbeziehung von Naturrecht in den Tatbestand der Rechtsbeugung durch den BGH. Dazu stellt er zunächst heraus: Wenngleich der BGH seinen Entscheidungsgründen – etwa beim Mauerschüssefall – die *Radbruchsche* Formel inkorporiert habe, werde das Ergebnis nicht länger auf sie gestützt, sondern auf konkrete Prüfungsmaßstäbe, die internationalen Menschenrechtspakte, zurückgegriffen (S. 208 ff.). Auf dieser Grundlage werde auch den DDR-Grenzesetzen die Qualität als Recht abgesprochen. Entsprechend verfahren der BGH hinsichtlich der Fälle von Rechtsbeugung unter der DDR-Justiz. In diesem Zusammenhang untersucht der *Verf.* dann u.a. eingehend BGHSt 40, 272, der die Anwendung von § 214 DDR StGB (Beeinträchtigung staatlicher oder gesellschaftlicher Tätigkeit) betraf. Hier hebt der BGH hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „gesetzwidrige Entscheidung“ in § 244 DDR StGB darauf ab, dass der Kernbereich des Rechts nicht schon

bei einem Verstoß gegen Menschenrechte, sondern erst bei einer „offensichtlich schweren Menschenrechtsverletzung“ betroffen sei. Diese Einengung des objektiven Tatbestandes führt die Linie fort, die der BGH hinsichtlich der NS-Rechtsbeugungen vorgegeben hatte. Hier wurde nur ein elementarer Rechtsverstoß, ein schwerwiegender Rechtsbruch anstelle einer objektiv eindeutigen und zweifelsfreien Rechtsverletzung als Tathandlung des § 336 angesehen¹¹. Dass der BGH in den Fällen der DDR-Rechtsbeugung den objektiven Tatbestand darüber hinaus einschränkt, wird vom *Verf.* nicht herausgestellt. Vielmehr schenkt er seine weitere Aufmerksamkeit der Frage, inwieweit der BGH trotz Konkretisierung des „Kernbereichs des Rechts“ nicht letztlich doch dem naturrechtlichen Ansatz verhaftet bleibt. Diese Frage müsse deshalb bejaht werden, weil mangels Transformierung des völkerrechtlichen Vertrages in DDR-Recht die internationalen Menschenrechtserklärungen eine „quasi naturrechtliche Gestalt gewinnen“ (S. 219).

Der nächste Abschnitt „Gesetzwidriges Entscheiden“ behandelt insbesondere die Problematik um den maßgeblichen Auslegungsmaßstab. Dazu geht der *Verf.* zunächst auf Verständnis und Funktion des DDR-Rechts in Relation zur dortigen Politik ein, und das heißt auf den Begriff der sozialistischen Gesetzlichkeit. Diesem Begriff liege der Primat der Politik gegenüber dem Recht zugrunde. Vor diesem Hintergrund erweise sich das DDR-Recht als ein Mittel der SED zur Durchsetzung ihrer Politik. Rechtlich verbindlicher Maßstab der Rechtsanwendung sei der Parteiwille, Rechtsquelle das staatliche Rechtsetzungsmonopol, ihm übergeordnet die Parteibeschlüsse, die konkrete Aufgaben als Anweisungen an den Gesetzgeber formulierten (S. 222 ff., 226 f., 228). Eine Vergleichbarkeit zur NS-Zeit liegt auf der Hand.

Bei Klärung des Auslegungsmaßstabes für DDR-Normen geht der *Verf.* dann gesetzessystematisch von der Normativität der Rechtsordnung der DDR aus und misst sie an der von ihr behaupteten Bindungswirkung und ihrem inhaltlichen Anspruch (S. 231). Dementsprechend ist für die Feststellung einer Strafbarkeit gemäß § 244 DDR StGB nur noch zu untersuchen, ob die Entscheidung mit der damaligen positiven DDR Rechtslage übereinstimmt oder ob dies nicht der Fall ist (S. 232 f.). Damit wird zugleich der gegenläufige in der Literatur vertretene Ansatz, das damalige DDR-Recht aus heutigem rechtsstaatlichem Horizont zu interpretieren, abgelehnt. „Eine solche Auslegung würde das Rückwirkungsverbot berühren, wäre Naturrecht im Gewande der Auslegung“ (S. 233). Dem gegen die positivistische Haltung des *Verf.* gerichteten Vorwurf unzureichender strafrechtlicher Verfolgung begegnet er mit der Forderung, zwischen Wiedergutmachungsfolgen (Rehabilitierung der Opfer des SED-Unrechts) einerseits und der strafrechtlichen Aufarbeitung des Justizunrechts andererseits zu trennen (S. 234). Ob diese differenzierende Methode wirklich geeignet ist, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, darf nach den Erfahrungen mit der strafrechtlichen Aufarbeitung von NS-Unrecht neben Entschädigungszahlungen, Restitutionen und Rehabilitatio-

¹⁰ Hassemer (Fn. 6), S. XX f.

¹¹ Zur Kritik vgl. Spendel (Fn. 9), S. 243 f.

nen bezweifelt werden. Abgesehen davon fehlen nähere Angaben zu den Voraussetzungen für „bloße Wiedergutmachungsfolgen“.

Im Folgenden werden die Auslegungsmaßstäbe des BGH für das DDR-Recht im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach § 244 DDR StGB untersucht. Der Weg führt von BGHSt 40, 30 über BGHSt 40, 272 zu BGHSt 41, 157 (162). Das Fazit des *Verf.* lautet: Der BGH postuliere einen normativen Positivismus bei retrospektiver Anwendung des DDR-Rechts, wenn er auf das im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung maßgebliche DDR-Recht sowie die Auslegungsmethoden der DDR und nicht auf die der Bundesrepublik abhebe (S. 241 ff.). Eine auch nach Ansicht des *Verf.* unberechtigte Restriktion erfolge jedoch dadurch, dass als Rechtsbeugungshandlung nur „offensichtlich schwere Menschenrechtsverletzungen“, die eine richterliche Entscheidung als Willkürakt kennzeichnen, in Betracht zu ziehen seien. Dazu sollen objektiv die Überdehnung des Straftatbestandes durch Überschreiten des Gesetzeswortlauts, das unerträgliche Missverhältnis zwischen Strafe und Tat sowie subjektiv Strafverfolgung und Bestrafung zwecks Ausschaltung des politischen Gegners oder einer bestimmten sozialen Gruppe (S. 244) zählen.

S. 252 ff. geht der *Verf.* auf die vom BGH befürwortete Tatbestandsreduktion in exemplarischen Einzelfällen ein (u.a. BGHSt 40, 169; 40, 272). Seine Analyse bestätigt seine diesbezügliche Kritik an der Rechtsprechung. Der letzte Abschnitt ist wiederum der Rechtsblindheit und politischen Verblendung gewidmet. Strukturell bestehe kein Unterschied zwischen DDR-Alttaten und NS-Unrecht. Es handle sich gleichermaßen um politisch verblendete Vorsatztäter (S. 267ff.). Dass dieses Ergebnis auch vom BGH in Fällen der Rechtsbeugung durch DDR-Richter bestätigt werde, zeigt der *Verf.* durch eine Analyse von BGHSt 41, 317 (337 f.) auf (S. 269 ff.).

III. Die Beschäftigung des *Verf.* mit der Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR schärft die Aufmerksamkeit für den Kampf gegen das Vergessen oder Verdrängen von Unrecht sowie die Gleichgültigkeit ihm gegenüber. Das ist zu begrüßen. Sein zahlreiches Fallmaterial zeigt abermals auf, wie Leben und Tod, Freiheit und Unfreiheit, Würde und deren Verletzung in der Macht der Zunge – hier artikuliert durch richterliche Entscheidungen – stehen. Freilich hätte man sich mehrfach eine schärfere Strukturierung gewünscht und zwar sowohl hinsichtlich des Aufbaus der Arbeit selbst, als auch bei der Auseinandersetzung mit den von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinungen. Auch fehlt es dem *Verf.* manchmal an Entschiedenheit, sich mit Nachdruck gegen den Fehlgebrauch rechtlicher Instrumentarien oder fehlsamer Argumentation offen zur Wehr zu setzen. Mit der partiellen „Vertretbarkeit im Ergebnis“ wird der Anschein einer Harmonie geweckt, die nur zum Teil der vom *Verf.* eingenommenen positivistischen Position entspricht, die jedoch weithin den Vorstellungen vom richtigen Recht, und das heißt hier einer der Gerechtigkeit dienenden Rechts-Findung und Recht-Sprechung diametral entgegengesetzt ist. Insoweit spricht der *Verf.* zu Recht vom „wiederholten Scheitern“ der Rechtsprechung des BGH bei Ahndung von Rechtsbeugungen im NS-Staat und in der DDR.

Denn es blieb die nicht zuletzt auch von *Semprún* so eindringlich beschworene zweimalige Chance zur „Bewältigung“ von Vergangenheit weithin ungenutzt. Hinsichtlich seiner positivistischen Orientierung ist dem *Verf.* zu wünschen, dass er nicht auf eine normative Lücke trifft, die auch ihn zwingt, die Entscheidung auf die *Radbruchsche* Formel zu stützen.¹²

Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg

¹² Vgl. *Hassemer* (Fn. 6), S. XXI.