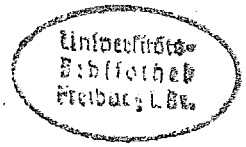
VERÖFFENTLICHUNG
DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN [16]

PROBLEME DER RECHTSBEUGUNG

AKADEMISCHE FESTREDE
DES REKTORS DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN
PROF. DR. JUR. ERNST HEINITZ
IM AUDITORIUM MAXIMUM
DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN
AM MITTWOCH DEM 4. DEZEMBER 1961

COLLOQUIUM VERLAG BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der
Ernst-Reuter-Gesellschaft
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e. V.



© 1963 Colloquium Verlag Otto H. Hess, Berlin
Gesamtherstellung: Thormann & Goetsch, Berlin · Printed in Germany

B 9152, 10

In meinem akademischen Vortrag möchte ich Ihre Aufmerksamkeit auf ein Delikt lenken, bei dem die Problematik der Pluralität der Rechtsordnungen, des Nach- oder Nebeneinanders verschiedenartiger Rechtssysteme, zu schwierigen sachlichen und methodischen Fragen führt: das Delikt der Rechtsbeugung (§ 336 StGB).

Gesetzgeber und Richter standen nach 1945 vor der Aufgabe, das Unrecht zu sühnen, das während der zwölfjährigen nationalsozialistischen Gewaltherrschaft begangen worden war. Die Besatzungsmächte schlugen zunächst den Weg ein, daß sie neue Strafgesetze mit rückwirkender Kraft schufen, um so Handlungen erfassen zu können, deren Unrecht zwar klar zutage trat, die aber nach dem Rechtssystem zur Zeit ihrer Begehung erlaubt oder gar geboten gewesen waren. Bedenklich war hier die Außerkraftsetzung des rechtsstaatlichen, heute in Art. 103 Abs. 2 GG verkörperten Grundsatzes, daß die Strafbarkeit einer Handlung bereits zur Zeit ihrer Begehung gesetzlich bestimmt sein muß. Die der deutschen Rechtstechnik nicht konforme, sehr allgemeine und unscharfe Formulierung der neuen Tatbestände, etwa des Verbrechens gegen die Menschlichkeit im Kontrollratsgesetz Nr. 10, war nicht dazu angetan, davon zu überzeugen, daß der Gesetzgeber hier den richtigen Weg eingeschlagen hatte (vgl. hierzu u. a. Radbruch, SJZ 1947, 131 ff.; v. Hodenberg, SJZ 1947, 113 ff.; Wimmer, SJZ 1947, 123 ff.). Wissenschaft und Rechtsprechung sahen nach Aufhebung des Besatzungsrechts deshalb ihre Aufgabe darin, mit den Mitteln der herkömmlichen, in Jahrhunderten erarbeiteten Dogmatik die gegebenen Sachverhalte zu bewältigen. Das mußte notwendigerweise zu einer grundsätzlichen Durchdenkung des Verhältnisses von Richter und Gesetz führen.

Die schwere Strafe, die das Gesetz auf Rechtsbeugung androht, steht offenbar in Beziehung zu der besonderen Stellung, die der Richter im Rechtsstaat einnimmt. Wie Ullmann in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Besonderer Teil, IX. Band, S. 375) schon 1906 ausgeführt hat, ist erst im modernen Rechtsstaat durch die eigenartige verfassungsrechtliche Stellung des Richters und die Trennung der Justiz von der Verwaltung der Boden geschaffen worden, auf dem die Idee des Richtertums zu einer Wirksamkeit gelangen konnte, wie sie unserem rechtlichen Empfinden und unserer Vorstellung von der Persönlichkeit entspricht, der wir den Schutz unserer wichtigsten Lebensgüter anvertrauen.

Alle Garantien für die Unabhängigkeit der Rechtspflege schützen indessen nicht gegen die Gefahren, denen die Herrschaft des Rechts von seiten des einzelnen Richters durch Mißbrauch dieser seiner besonderen Macht ausgesetzt ist. Es hätte deshalb vielleicht nahegelegen, als Täter

der Rechtsbeugung gerade und ausschließlich denjenigen vorzusehen, der Richter im Sinne des Art. 92 GG ist. Schon der Wortlaut des § 336 StGB läßt jedoch eine solche Auslegung nicht zu; wenn dort von Beamten oder Schiedsrichtern gesprochen wird, die bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache das Recht beugen, so wird erkennbar auf die Funktion, die wirklich ausgeübte Tätigkeit, nicht aber auf die staatsrechtliche Stellung des Täters abgestellt.

Daraus hat der Bundesgerichtshof (Recht in Ost und West 1958, 204 = Goltd. Arch. 1958, 241; BGHSt 14, 147 = NJW 1960, 974) die Folgerung gezogen, daß auch derjenige, der in der Sowjetzone richterliche Funktion ausübt, eine Rechtsbeugung begehen kann. Zwar läßt sich die Stellung des Richters in der sogenannten „DDR" nicht mit derjenigen des Richters in der Bundesrepublik vergleichen. *Denn der Richter in der „DDR" ist heute durchweg nichts weiter als ein weisungsgebundener Funktionär.* Aber die Funktionen, die ihm anvertraut sind, sind nun eben richterlicher Art. Wenn man den § 336 StGB dahingehend auslegt, daß die schwere Strafbestimmung nicht das Korrelat der richterlichen Unabhängigkeit ist, sondern nur zur Voraussetzung hat, daß echte richterliche Funktionen ausgeübt werden, dann besteht in der Tat kein Grund, die Anwendung des § 336 StGB auf Richter der Sowjetischen Besatzungszone abzulehnen. *Ein solcher Richter, der sich in die Bundesrepublik absetzt, wird sich also dort verantworten müssen, wenn er während seiner Tätigkeit in der „DDR" das Recht gebeugt hat.* Auf die schwierige Frage, wie weit nach dem Recht der Bundesrepublik Vorgänge abgeurteilt werden können, die sich außerhalb des Geltungsbereiches der Gesetze der Bundesrepublik abgespielt haben, kann hier nicht näher eingegangen werden.

Nicht einzusehen ist freilich bereits nach dem Wortlaut des § 336 StGB, warum von dieser Strafbestimmung die Laienrichter, also die Schöffen, Geschworenen, Beisitzer bei Arbeits- und Verwaltungsgerichten usw., nicht erfaßt werden sollen. Daß diese von der Versuchung zum Mißbrauch ihrer Stellung nicht weniger betroffen sind als die Berufsrichter, hat schon Binding (Lehrbuch, 1905, Bd. II/2, S. 557) hervorgehoben. Der Bundesgerichtshof (BGHSt. 5, 100 ff.) hat in einem Fall, in dem der Beisitzer eines Arbeitsgerichts sich hatte bestechen lassen, die Anwendbarkeit des § 336 StGB auf Laienrichter mit einer Begründung abgelehnt, die sich wesentlich auf die geschichtliche Entwicklung der Bestimmung stützt. Mich überzeugt diese Auffassung nicht. Die innere Struktur und der Grundgedanke des § 336 StGB geben keinerlei Veranlassung, den Laienrichter anders zu behandeln als den Berufsrichter; denn der Unrechtsgehalt der Rechtsbeugung eines Laien-

richters unterscheidet sich nach Sinn und Tragweite in nichts von derjenigen eines Berufsrichters (wie hier: v. Hippel a. a. O.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 465; Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 3. Aufl., S. 662, u. a.).

Kommt es also für die Anwendung des § 336 StGB, wie vorstehend ausgeführt, nicht auf die staatsrechtliche Stellung, sondern auf die Funktion des Täters an, so stellt sich weiterhin die schwierige Frage, was unter einer „Rechtssache" zu verstehen ist.

Nach einer grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts (RGSt. 71, 315 ff.) umfaßt der Begriff der Rechtssache alle Rechtsangelegenheiten, wenn über sie nicht durch Verwaltungsmaßnahmen zu befinden, sondern nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist. Dementsprechend könne auch im Steuerveranlagungsverfahren bei der Entscheidung über die Steuerpflicht eine Rechtsbeugung begangen werden. Die Kommentare und Lehrbücher haben sich dieser Auslegung im allgemeinen angeschlossen (vgl. Maurach, a. a. O., S. 661; Welzel, a. a. O., S. 464; Leipziger Kommentar StGB, § 336 Anm. IV; Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl., § 336 Anm. II, 1; Kohlrausch-Lange, StGB 43. Aufl., § 336 Anm. III/§ 334 Anm. II). Gegen sie sind jedoch Bedenken zu erheben. Gerade heute im modernen Sozialstaat werden von den Behörden zahlreiche Entscheidungen nach Rechtsgrundsätzen getroffen. Überall dort, wo unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen sind, kann nur eine Entscheidung richtig sein, ohne daß es auf die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit viel erörterte Frage ankäme, ob hier ein Beurteilungsspielraum anzunehmen ist, bei dessen Innehaltung eine Nachprüfung durch die Gerichte nicht möglich ist. Wollte man die vorsätzliche Verletzung der betreffenden Rechtsnormen als Rechtsbeugung ansehen, so würde § 336 StGB eine so weite Auslegung erfahren, daß er sein Profil vollständig verlieren müßte.

Freilich ist es nicht einfach, eine präzise Abgrenzung zu finden. Mit der neueren verfassungsrechtlichen Lehre ist für die Rechtsprechung eigentümlich die Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreites, und zwar durch ein als unbeteiligter Dritter handelndes Staatsorgan (Bonner Kommentar, Art. 92 Anm. II 1 b, Friesenhahn; Festschrift für Thoma, 1950, S. 27). Auf das Vorhandensein entgegengesetzter Interessen der Beteiligten kann es hier nicht ankommen, denn im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren und in manchen Fällen der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegen entgegengesetzte Interessen nicht vor. Auszuscheiden sind alle die Fälle, in denen das Organ des Staates selbst dessen Hoheitswillen gegenüber dem anderen Beteiligten konkretisiert (vgl. BVerfG. 4, 346 ff.). Zu erheblichen Zweifeln geben die Fälle An-

laß, bei denen eine Verwaltungsbehörde, etwa ein Finanzamt, für Steuervergehen eine Strafe festsetzt. Der Bundesgerichtshof (BGHSt. 13, 102 ff.) hat kürzlich entschieden, daß hier die Verwaltungsbehörde mit der Anwendung des Gesetzes auf einen Unrechtstatbestand eine von Natur aus richterliche Aufgabe wahrnehme. Wenn dies richtig wäre, müßte man auch die Tätigkeit des Polizeibeamten, der eine gebührenpflichtige Verwarnung erteilt, als Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ansehen, wie der Bundesgerichtshof (a. a. O., S. 112) es ausdrücklich feststellt. Diese Ausdehnung des § 336 StGB erscheint mir bedenklich und nicht billigenswert. *Verwaltungsbehörden, die den Staatswillen im Einzelfall durchsetzen, üben, wenn sie dabei nach Rechtsgrundsätzen entscheiden, nicht richterliche Funktionen aus.* Ihre Entscheidungen sind nicht solche in einer Rechtssache im Sinne des § 336 StGB. Eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Rechtssache ist um so mehr geboten, als die eigentliche Tathandlung, das Beugen des Rechts, nicht eng ausgelegt werden kann. Beugen des Rechts heißt zunächst nichts weiter, als eine Rechtsnorm bewußt falsch anzuwenden. Schon in der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts war anerkannt, daß dies durch Verletzung materiellen oder formellen Rechts, durch Handeln oder durch Unterlassen geschehen kann. So hat das Reichsgericht in der Nichtstellung sachgemäßer Fragen (RGSt. 57, 31 ff., 33), der Bundesgerichtshof in der bewußt gesetzwidrigen Versagung eines Verteidigers (BGHSt. 10, 294 ff., 298) eine Rechtsbeugung gesehen. Auch in der Versagung richterlicher Tätigkeit überhaupt kann eine Rechtsbeugung liegen. In all diesen Fällen dürfte in der Tat eine Beschränkung der Handlung auf bestimmte Fallgruppen unmöglich sein. Wo in den letzten Jahren Unrecht durch Mißbrauch der richterlichen Gewalt zur Verhandlung kam, lag sehr oft der schwerste Vorwurf gerade in der Art der Durchführung der Verhandlung. Der gehässige Richter, der eine Ungerechtigkeit begehen will, wird das häufig nicht dadurch tun, daß er eine materielle Norm nicht oder nicht richtig anwendet, sondern durch Abschneidung der Verteidigungsmöglichkeiten. Auf die Frage des Vorsatzes bei der Rechtsbeugung ist später noch einzugehen. Hier war die Feststellung nötig, daß der äußere Tatbestand der Rechtsbeugung nur sehr schwer eindeutig und klar abgegrenzt werden kann, so daß bei Festlegung der Erfordernisse des inneren Tatbestandes besondere Vorsicht geboten ist. Die Kernfrage des § 336 StGB geht dahin, welches das Recht ist, das der Richter beugen, also falsch anwenden kann.

Die Gerichte hatten nach 1945 wiederholt darüber zu urteilen, ob ein Richter sich der Rechtsbeugung auch durch Anwendung eines formell

gültigen Gesetzes schuldig machen kann, wenn dieses Gesetz höheren Prinzipien der Gerechtigkeit widerspricht. Bis heute herrschen keine Klarheit und Übereinstimmung darüber, ob ein Richter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, der in der nationalsozialistischen Zeit ein unsittliches Gesetz wortgetreu zur Anwendung gebracht hat.

Diese Frage wäre allerdings im Rahmen des § 336 StGB von vornherein zu verneinen, wenn man mit einer neuerdings mehrfach vertretenen Auffassung davon ausgehen könnte, daß unter Recht im Sinne des § 336 StGB nur das geschriebene positive Recht, nicht aber das Recht, das durch Auslegung aus überpositivem Rechtsgedanken erschlossen werden kann, zu verstehen wäre (in diesem Sinne Evers, DRiZ 1955, 187 ff., 189; Schlösser, NJW 1960, 943 ff., 945).

Ich glaube nicht, daß man dieser Auslegung wird folgen dürfen. Es gibt keine scharfe Grenze zwischen geschriebenem positivem Recht und überpositiven Rechtssätzen. Auch das nicht kodifizierte Recht ist und bleibt immer Recht. Die Gegenüberstellung von geschriebenem und ungeschriebenem Recht kann zu gefährlichen Fehlschlüssen führen. Das Recht ist stets als einheitliches System zu denken, mit welchen Mitteln der Deduktion es auch immer aus geschriebenem Recht oder sonstigen Rechtsquellen abgeleitet werden mag.

Der Frage kann also nicht ausgewichen werden, ob durch Anwendung formell gültiger, materiell nichtiger Rechtsnormen Rechtsbeugung begangen werden kann. In seinem berühmten Aufsatz über gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht hat Radbruch bereits 1946 (SJZ 1946, 105 ff.) ausgeführt, der Posivitismus habe mit seiner Überzeugung, Gesetz sei Gesetz, so daß auch unsittlichen Gesetzen Gehorsam geschuldet sei, den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Wohl müsse der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zugunsten des positiven Rechts auch dann gelöst werden, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig sei; *wenn aber der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht habe, müsse das Gesetz der Gerechtigkeit weichen.* Eine schärfere Linie könne im allgemeinen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen nicht gezogen werden. Wohl aber könne eine andere Grenzziehung mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt werde, wo die den Kern der Gerechtigkeit ausmachende Gleichheit bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet werde, da sei das Gesetz nicht etwa nur unrichtiges, sondern überhaupt kein Recht.

In den ersten Jahren nach 1946 fand der Gedanke Radbruchs verbreitet Zustimmung. Die Grenze der Geltung des positiven Rechts suchte man in der Wiederbelebung naturrechtlicher Gedankengänge. Sehr bemerkenswert ist die weitere Entwicklung dieses Problems in den folgenden Jahren. In der Doktrin machte sich bald eine starke Gegenströmung bemerkbar (vgl. Nawiaski, JZ 1954, 717 ff; Lang-Hinrichsen, Festschrift für Mezger, 1954, S. 1 ff.). Man hielt eine Rückkehr zum Positivismus um so mehr für geboten, als der Richter nunmehr durch die Bestimmungen des Grundgesetzes genügend davor gesichert sei, daß ihm die Anwendung unsittlicher Gesetze zugemutet werden könne. Vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus hat Welzel das Problem untersucht. In „Naturrecht und materielle Gerechtigkeit" (3. Aufl., S. 181 mit weiteren Nachweisen) kommt er zu dem Ergebnis, daß es kein beweisbares, einleuchtendes System von übergesetzlichen Wertbestimmungen und -sätzen geben könne. Weder die formell logischen Deduktionen von Rudolf Stammler noch die relativistischen Rechtstheorien von Radbruch und Max Ernst Mayer führten zu einem Ergebnis. Der gewaltigste philosophische Versuch der letzten Jahrzehnte, unternommen von Scheler und in anderer Form von Hartmann, in einer materialen Wertethik die Ranghöhe der Werte a priori und einsichtig zu bestimmen, müsse als gescheitert angesehen werden: aus allgemeinen apriorischen Wertwesenheiten lasse sich durch keine Vorzugsgesetze die richtige Entscheidung im Jetzt und Hier der wirklichen Situation ideell herausholen. Ebenso versucht Welzel in der Schrift „Vom irrenden Gewissen" (Recht und Staat, Heft 145, 1949) nachzuweisen, daß auch die Berufung auf das Gewissen irren und zu falschen Wertentscheidungen führen könne.

Zu gleichem Ergebnis sind auch andere Rechtsphilosophen gekommen. Ohne das ich mich hier auch nur mit den wichtigsten Werken der letzten Jahre auseinandersetzen könnte, läßt sich doch als Ergebnis feststellen, daß die unkritische Heranziehung von allgemeinen Naturrechtssätzen mehr und mehr abgelehnt wird. Vor der trügerischen Sicherheit angeblich evidenter, allgemein gültiger Sätze, die letztlich nur die auf geschichtlicher Grundlage erwachsene Wertüberzeugung des Autors widerspiegeln, hat Weischedel in „Recht und Ethik" eingehend gewarnt.

Anders ist die Entwicklung in der Rechtsprechung vor sich gegangen. Unter dem Einfluß der starken Persönlichkeit seines ersten Präsidenten Weinkauff hat der Bundesgerichtshof in einer ganzen Reihe von Entscheidungen den Rechtspositivismus verworfen. In einer bekannten Entscheidung (BGHSt. 6, 46 ff., 52) heißt es: „Die Behauptung, einer

richterlichen Entscheidung dürften grundsätzlich keine ethischen Werte zugrunde gelegt werden, ist beklagenswert falsch; die innere Verbindlichkeit des Rechts beruht gerade auf seiner Übereinstimmung mit dem Sittengebot." In einer anderen Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 17, 334) wird auf jenen „Kernbereich des Rechts" verwiesen, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden dürfe. *Unrecht könne nicht deshalb als Recht angesehen werden, weil es in die Form eines Gesetzes gekleidet sei;* zur Versagung seiner Anerkennung bedürfe es nicht erst der formalrechtlichen Aufhebung.

Die Existenz überpositiven und auch den Gesetzgeber bindenden Rechts ist auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt worden (BVerfG 1, 14 ff., LS 27; vgl. dazu Langner, Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und die Rechtsprechung der Bundesrepublik, S. 134 ff.). So wird im Anschluß an Radbruch festgestellt, es seien unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeinschädlichkeit erlassen worden, daß ihnen jede Geltung als Recht abgesprochen werden müsse (BVerfG 6, 198, 414 ff.). Freilich hat das Bundesverfassungsgericht bemerkenswerte Einschränkungen gemacht, indem es ausgeführt hat, die nationalsozialistische Gesetzgebung sei, abgesehen von den äußersten Fällen des extremen Unrechts, kraft „soziologischer Geltungskraft" zu beachten (BVerfG 3, 118 ff.). Gelegentlich verlangt das Bundesverfassungsgericht die Prüfung, ob ein sittliches Werturteil allgemein anerkannt sei und als Sittengesetz gelte (BVerfG 6, 434 ff.; dagegen mein Beitrag in der Festschrift für Eberhard Schmidt, S. 285, Anm. 97 a). Grundsätzlich anders ist die Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts. Nach ihm (Entsch. v. 23. 2. 1960, NJW 1960, 1407 ff.) soll der Richter nicht seine persönliche Anschauung allein maßgebend sein lassen, sondern muß erwägen, welche der Anschauungen, die innerhalb des Kreises aller verständigen, billig und gerecht denkenden Menschen vorkommen, derart überwiegt, daß er sie zur Grundlage seines im Namen des Volkes ergehenden Urteils machen darf. Dem entspricht die Stellungnahme seines Präsidenten Werner (Das Problem des Richterstaates, 1960, S. 5), der vor einer Überschätzung des richterlichen Selbstgefühls warnt, wenn der Richter, statt für irdische Gerechtigkeit zu sorgen, für das Sittengesetz auch gegen die Ansicht der Rechtsgenossen streiten zu sollen glaube.

Untersucht man die Fälle, in denen die Gerichte nicht aus dem positiven Gesetz, sondern aus überpositiven Wertungen Entscheidungen abgeleitet haben, so bleiben ganz erhebliche Zweifel. Das Unterlassen

der Verhinderung des Selbstmordes wird vom Bundesgerichtshof bis in die letzte Zeit hinein (vgl. BGHSt. 6, 147, 153) unter Berufung darauf für strafbar erklärt, daß der Selbstmord dem Sittengesetz widerstreite. Der Begriff der Unzucht in den Strafbestimmungen gegen Kuppelei wird nicht aus der Regelung des Familienlebens in unserer Gesetzgebung, sondern aus höheren Gesichtspunkten der Sittlichkeit begründet (vgl. BGHSt. 6, 46 ff., 52 ff.). Die Abkehr von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über den unbeachtlichen Strafrechtsirrtum und der Übergang von der sogenannten Vorsatz- zur Schuldtheorie wird vom Großen Senat in Strafsachen (BGHSt. 2, 194 ff.) mit jenen berühmten Worten begründet: Der Mensch sei angelegt auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung, er sei deshalb befähigt, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden. Dazu hat Wieacker (JZ 1961, 337 ff., 343) kürzlich den Einwand erhoben, unsere Strafrechtsordnung beruhe nicht ersichtlich auf einer Vorentscheidung in diesem Sinne. Durch die Selbstgewißheit des Bekenntnisses würden Antinomien geradezu verdeckt, die jedem Strafrechtler täglich vor Augen stehen sollten und die bereits am Eingang zu jeder praktischen Kriminalpolitik und jeder Kriminologie ständen. Ich selbst bin weder hinsichtlich der Verhinderung des Selbstmordes (vgl. Verf., JR 1954, 403 ff., und JR 1961, 29) noch hinsichtlich der Kuppelei der Auffassung des Bundesgerichtshofes. Schon die Wertungen, die den Entscheidungen zugrunde gelegt werden, bezweifle ich; vor allem aber glaube ich, daß hier ohne Not auf die Ethik zurückgegriffen worden ist. Beide Rechtsfragen lassen sich aus dem geltenden Recht ohne überpositive Wertungen beantworten.

Damit ist aber die grundsätzliche Frage nicht entschieden. Im Rahmen des § 336 StGB kann der Richter der Frage, ob ein Gesetz wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, nicht ausweichen. Hier nützt der Hinweis auf das Grundgesetz nichts. Selbst wenn man annehmen will, daß in diesem der wesentlichste Bestand von allgemeinen Wertungen kodifiziert ist, so bleibt doch immer das Problem, ob ein außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes erlassenes Gesetz wegen Verstoßes gegen überpositive Wertungen nichtig ist. Die Frage wird auch dann noch lebendig bleiben, wenn es nicht mehr um die Sühne nationalsozialistischen Unrechts geht; auch der Richter der Sowjetischen Besatzungszone, der bei uns wegen Rechtsbeugung angeklagt wird, kann sich häufig auf ein formell gültiges Gesetz berufen.

Gerade der Tatbestand der Rechtsbeugung zwingt dazu, zu den letzten Fragen von Recht und Gerechtigkeit Stellung zu nehmen. Alle Versuche, einen Bestand von überpositiven Sätzen als evident geltend

über alle geschichtlichen Wandlungen hinaus zu beweisen, sind gescheitert und sind grundsätzlich zum Scheitern verurteilt. Auch die neuerdings so häufigen Versuche, aus dem Wesen des Menschen, aus dem Begriff der menschlichen Würde im Anschluß an Kant als oberstes Prinzip den Satz hinzustellen, der Mensch dürfe nie als Mittel zu Zwecken, sondern müsse als Selbstzweck betrachtet werden, führen nicht weiter. Man kam mit diesem Satz schon bei der Frage nicht weiter, ob die Sicherungsverwahrung (§ 42 e StGB) verfassungswidrig ist. Die Sicherungsverwahrung erfolgt nicht zum Besten der zu Verwahrenden; sie wird gerade bei denen angewandt, deren Erziehungs- und Besserungsfähigkeit problematisch ist. Sie wird nicht um des Täters, sondern um der Mitmenschen willen, ohne Rücksicht auf die Wirkungen, die sie auf den Täter ausübt, angeordnet. Der Sicherungsverwahrte wird also gerade nicht als Selbstzweck betrachtet. Gleichwohl bejahen das Bundesverfassungsgericht (BVerfG 2, 118 ff.) und die überwiegende Meinung im Schrifttum (Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 223; vgl. auch Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III/2, S. 909 ff., 964 f.) ihre Zulässigkeit unter Hinweis auf die soziale Notwendigkeit. Darin zeigt sich, daß neben dem Menschen als Individualwert auch das Zusammenleben der Menschen in einer Gesellschaft und Nation einen eigenen Wert hat (vgl. Evers, JZ 61, 241 ff., 244). Unkritisches Naturrechtsbewußtsein, wie Evers es nennt, ist mit wissenschaftlicher Redlichkeit nicht vereinbar. Mit der Ablehnung eines unkritischen Naturrechtsglaubens freilich ist noch keine Entscheidung für den Rechtspositivismus im alten Sinne gefallen. Auch Welzel erkennt an, daß ein Gesetz aus überpositiven Gründen nichtig sein könne. Als Beispiel nennt Welzel eine Bestimmung, die den Menschen nicht als Person, sondern als Sache behandelt, falls man etwa gestatte, mit ihm Experimente wie mit Tieren vorzunehmen, ferner eine Norm mit Strafdrohungen, die den Täter zum bloßen Mittel der Abschreckung anderer machen. Ob diese Beispiele wirklich sehr überzeugend sind, lasse ich dahingestellt. Hier ist das Problem, ob bei Ablehnung der Existenz allgemein gültiger Naturrechtssätze es doch einen Weg gibt, zwischen der Szylla des reinen Positivismus und der Charybdis der Berufung auf subjektives Gewissen hindurchzukommen. Der Richter kann heute gar nicht umhin, wie Präsident Werner es ausdrückt, einen Rechtsfortbildungsauftrag auf sich zu nehmen, der weit über das hinausgeht, was früher der Richter an Lückenergänzung des Gesetzes und an Klärung von Zweifelsfragen zu bewältigen hatte (a. a. O., S. 19).

Die Frage ist, ob der Richter dort, wo das geschriebene Recht ihn im

Stich läßt, auf die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Wertvorstellungen verwiesen werden darf. In diesem Sinne hat sich das Bundesverfassungsgericht geäußert. Es wäre darin, um mit Coing (Staudinger-Coing, BGB, 11. Aufl., Anm. 5 zu § 138) zu sprechen, neben dem ethischen ein soziologisches Element in dem Urteil des Richters über das, was gerecht ist, enthalten. Ähnlich hat bekanntlich das Reichsgericht bei der Frage, was sittenwidrig ist, was Treu und Glauben widerspricht, auf die Auffassung aller gerecht und billig Denkenden verwiesen (vgl. u. a. RGZ 73, 113; 80, 221). Blomeyer (JZ 54, S. 309 ff., 310) hebt hervor, das sei die Verweisung auf etwas objektiv Seiendes. Die Suche nach immanenten statt nach transpositiven Wertungen scheint überzeugend. Aber zu echten Wertungen kann man durch Hinweis auf ein Seiendes schwerlich gelangen. Der Geist der Zeiten ist auch hier in der Regel der Herren eigener Geist, in dem die Zeiten sich bespiegeln. Dadurch, daß das Reichsgericht nicht auf die herrschenden Auffassungen schlechthin, sondern auf diejenigen der gerecht und billig Denkenden verwies, hat es ein Kriterium zurückbehalten, um Anschauungen, die es selbst nicht billigt, auszuschalten. Weischedel hat treffend dargelegt, daß eine Statistik darüber, was der Durchschnitt der Menschen in einer Zeit als verbindlich ansehe, nicht zum Ziele führen könne, weil damit die verpflichtende Kraft des Rechts einer laxen Durchschnittsmoral zum Opfer fallen müßte. Sobald man darangehe, nur die Ansichten der billig und gerecht Denkenden zugrunde zu legen, stehe man vor der Aufgabe, Werte zu messen, und damit wiederum vor dem Problem, woher man verbindliche Wertmaßstäbe nehmen solle.

Wieacker (a. a. O., S. 342) warnt mit Recht davor, Art. 20 GG, nach dem der Richter Gesetz und Recht unterworfen ist, in dem Sinne auszulegen, daß er eine Ermächtigung zu beliebiger revolutionärer Suspension der Gesetze im Namen subjektiver Moral enthalte. Aber die Verweisung des Richters auf bestehende Wertungen erheblicher oder maßgebender Volkskreise scheint mir noch viel weniger der richterlichen Würde zu entsprechen. Er hätte dann nicht zu prüfen, ob eine Überzeugung richtig ist, sondern nur soziologisch, ob sie von den führenden Kreisen vertreten wird. Nur scheinbar führt eine solche Betrachtungsweise über den Subjektivismus hinaus.

Ich kann dem Bundesgerichtshof nur zustimmen, wenn er in einer Entscheidung (BGHSt. 15, 361 ff.) ausführt: Es handle sich bei dem, was Sitte und Anstand fordern oder verbieten, um Gebote und Verbote, die, falls der Gesetzgeber sie zur Abgrenzung von Tatbeständen verwende, nicht dadurch ihre Verbindlichkeit verlieren, daß sie eine Zeit-

lang von vielen mißachtet werden. Es sei auch gleichgültig, wie groß die Zahl der gerichtlichen Entscheidungen sei, die der einen oder anderen Auffassung folgten. Nicht auf die Zahl der Entscheidungen, sondern auf die Überzeugungskraft ihrer Gründe komme es an.

Einen anderen Weg schlägt Eberhard Schmidt (Die Sache der Justiz, 1961, S. 43 ff.) ein, um den Gefahren unkritischen und vorzeitigen Berufens auf das Naturrecht zu begegnen. Er läßt keinen Zweifel daran, daß die Gerichte den Mut zur Überschreitung der den geschriebenen Gesetzen gegebenen Grenzen haben müssen und den Vorstoß ins ungeschriebene Recht nicht scheuen dürfen. Vorbildlich aber müsse dafür noch immer die behutsame Methode bleiben, mit der das Reichsgericht seinerzeit den rechtfertigenden übergesetzlichen Notstand bei der Schwangerschaftsunterbrechung entwickelt habe. Das Reichsgericht sei niemals aus dem Bann allgemeiner, dem Ganzen der Rechtsordnung abgelauschter Rechtsgedanken (Rangordnung der Rechtsgüter, Güter- und Pflichtenerwägung, Zweck- und Mittelrelation) herausgetreten und habe niemals daran gedacht, einen angeblich evidenten und allgemein gültigen Satz aus dem Sittengesetz oder dem Naturrecht zum Entscheidungsobersatz zu deklarieren. Gerade dadurch habe es sich und die Rechtsordnung davor bewahrt, vom ungeschriebenen Recht mehr zu verlangen, als es geben könne. Hierin sieht Schmidt nicht nur eine Frage der richtigen Methode, sondern auch der Redlichkeit, zu welcher der angehende Jurist von Anfang an erzogen werden müsse. *Im Rechtsunterricht, namentlich in der Rechtsphilosophie, der Rechtsgeschichte und dem Strafprozeß, müsse der Studierende das rational Erkennbare erkennen lernen und in selbstkritischer Arbeit unter eigener innerer Selbstverwaltung zur Intention der Gerechtigkeit geleitet werden.* Man wird sich diesem ernsten Aufruf zur Selbstbesinnung nicht leicht entziehen können. Die Losung kann heute nicht heißen „Zurück zum Positivismus", wohl aber zu einer tieferen Erkenntnis dessen, was ein Rechtssystem aus sich heraus, aus seinen eigenen immanenten Prinzipien zu leisten vermag. Mir ist die Warnung meines Lehrers E. Kohlrausch wohl gegenwärtig: es sei nicht immer ein Zeichen von Einsicht, früher als notwendig die eigene Weltanschauung auszuspielen.

Aber damit ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Nicht immer lassen sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung Sätze ableiten, die einen Maßstab für das dem konkreten Fall zugrunde liegende Werturteil abgeben können. Bei der Rechtsbeugung handelt es sich häufig darum, festzustellen, ob der Richter unter der tatsächlichen Geltung eines von dem unseren wesentlich verschiedenen Systems ein formell gültiges

Gesetz anwenden durfte, ohne dadurch das Recht zu beugen. Analoge Fragen treten etwa bei der Strafbarkeit der Denunziation (vgl. hierzu BGHZ 17, 334) sowie dem Widerstandsrecht gegen unsittliche Gesetze auf. Mancherlei Rechtssätze sind im Grundgesetz, aber auch in übernationalen Rechtsquellen, etwa der Menschenrechtskonvention, kodifiziert. Echte juristisch-dogmatische Arbeit wird aus den dort niedergelegten Grundgedanken ohne Heranziehung des Naturrechts in vielen Fällen ein sauber begründetes Ergebnis ermöglichen. Aber es kann doch ein Punkt erreicht werden, in dem der Jurist eine Entscheidung nicht mehr streng dogmatisch ableiten kann. Hier muß er in eigener sittlicher Verantwortung für die Verwirklichung der Gerechtigkeit (Wieacker, a. a. O., S. 345) entscheiden, und diese letzte Entscheidung wird dann doch aus seinem eigenen Gewissen folgen müssen. Alle Einwände gegen die Subjektivität dieses Kriteriums haben mich nicht davon überzeugt, daß in Grenzfällen eine andere Entscheidung möglich ist.

Rechtsbeugung kann also auch dadurch begangen werden, daß der Richter ein formell gültiges Gesetz anwendet, *das der Idee von Recht und Gerechtigkeit so sehr widerstrebt, daß es als absolut nichtig angesehen werden muß*. In diesem Sinne sind etwa die Nürnberger Rassengesetze als unverbindlich und nichtig von den Gerichten betrachtet worden; das gleiche muß von zahlreichen ostzonalen Gesetzen gesagt werden, so etwa den Bestimmungen, durch welche die sogenannte Republikflucht unter Strafe gestellt wird.

Mit der Feststellung, daß der Richter durch Anwendung eines nichtigen Gesetzes objektiv den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt hat, ist nach allgemeinen Grundsätzen noch nichts über seine Strafbarkeit gesagt. In vielen Fällen wird er sich, worauf der Bundesgerichtshof hingewiesen hat (vgl. BGH, ROW 1958, 205) auf Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe berufen können. Diese Fragen können hier nicht weiter verfolgt werden. Dagegen bietet der innere Tatbestand ebenso interessante wie schwierige Rechtsfragen. In dem Begriff des Beugens liegt sicherlich ein finales Element. Der Richter, der ein Fehlurteil in gutem Glauben fällt, beugt dadurch schon nach dem Sprachgebrauch noch nicht das Recht. Daraus darf aber nicht mit einer neuerdings vertretenen Ansicht gefolgert werden, daß Rechtsbeugung ein Überzeugungsdelikt in dem Sinne sei, wie man das früher gelegentlich von den Eidesdelikten behauptet hat (Joly, Die Rechtsbeugung des Richters, ungedruckte Göttinger Dissertation, 1954, S. 27), daß also Recht im Sinne des § 336 StGB dasjenige sei, was der Richter als solches erkenne. Zunächst muß hier genau wie bei den Eidesdelikten

festgestellt werden, ob der Richter das Recht richtig angewandt hat, d. h. der objektiv richtigen Auslegung entsprechend. Zu dem äußeren Tatbestand muß dann der Vorsatz hinzutreten; erst hier stellt sich die Frage, worauf der innere Tatbestand sich beziehen muß. Nach der durchaus herrschenden Meinung muß der Richter wissen, daß er das Recht beugt; der irrige Glaube, ein gültiges Gesetz anzuwenden, schließt den Vorsatz aus.

Gegen diese Auffassung hat Maurach (Recht in Ost und West 1958, 177 ff.) sehr beachtliche Einwände erhoben. Nach ihm ist die Rechtsbeugung ein sogenannter offener Tatbestand, bei dem die Tatbestandsmäßigkeit das Unrecht nicht indiziert. Es komme niemandem in den Sinn, bei dem Gesamtvorgang „Zuwiderhandlung gegen eine objektiv gültige Rechtsvorschrift" die Gültigkeit dieser Norm zum Tatbestandsmerkmal zu deklarieren. Das gleiche müsse folgerichtig für das Gegenstück, nämlich für die Anwendung eines objektiv ungültigen Rechtssatzes gelten. Hier wie dort handele es sich bei Charakterisierung der angewandten bzw. verletzten Norm als ungültig bzw. gültig um ein Verbrechensmerkmal. Der Tätervorsatz brauche sich darauf nicht zu beziehen. Ein entsprechender Irrtum bleibe außerhalb des § 59 StGB. Vielleicht darf ich hier, wo längere dogmatische Ausführungen nicht am Platze sind, vom Ergebnis ausgehen. Die herrschende Lehre schließt den Vorsatz des Richters aus, wenn er das Gesetz, sei es auch infolge vermeidbaren Irrtums, für gültig hält. Nach Maurach müssen dagegen die Sätze über den Verbotsirrtum zur Anwendung kommen: Nicht der Vorsatz, sondern die Schuld wird ausgeschlossen, und zwar nur dann, wenn der Irrtum bei zumutbarer Gewissensanspannung unvermeidbar war.

So bestechend diese Ausführungen Maurachs auf den ersten Blick wirken, so kann ich mich ihnen doch nicht anschließen. Kern der Rechtsbeugung ist und bleibt, daß der Richter bewußt eine Ungerechtigkeit begeht. Glaubt er, daß das geltende Recht ihn zu der entsprechenden Entscheidung zwinge, so mag man ihm Lässigkeit, mangelnde Gründlichkeit, Oberflächlichkeit vorwerfen; gem. § 336 StGB verurteilen kann man ihn jedoch nur, wenn das dieser Strafbestimmung eigene Unrecht, die bewußte Nichtanwendung des richtigen Rechts, von seinem Vorsatz erfaßt wird. Hiergegen kann man m. E. nicht einwenden, der Fanatiker oder Gewissenlose, der sich über die Rechtsverbindlichkeit einer unsittlichen Norm überhaupt keine Gedanken mache, werde durch diese Auffassung privilegiert, denn bei ihm müsse unter allen Umständen der Vorsatz ausgeschlossen werden, während der Gewissenhafte, der die Fragwürdigkeit des angewandten Gesetzes

durchaus erkenne, jedenfalls mit bedingtem Vorsatz handele. Die Rechtsprechung vermeidet insoweit ungerechte Ergebnisse dadurch, daß sie bedingten Vorsatz für die Anwendbarkeit des § 336 StGB nicht genügen läßt. Auf dieses besondere Problem kann hier nicht eingegangen werden. Es mag die Andeutung genügen, daß der Fehler mancher Entscheidung häufig in einer übermäßigen Ausdehnung des Begriffes des bedingten Vorsatzes liegt. Auch hier handelt es sich um ein allgemeines Problem, das ständig neu durchdacht werden muß. Gerade bei der Rechtsbeugung darf man nicht davon abgehen, daß gerade das Kernstück des Vorsatzes des § 336 StGB in der bewußt falschen Rechtsanwendung liegt; dies berücksichtigt auch der Entwurf des neuen Strafgesetzbuches, der hier ebenfalls direkten Vorsatz fordert (E 1960 § 455, vgl. dazu die amtliche Begründung S. 602).

Zum Schluß ist kurz zu erörtern, ob es sich empfiehlt, die Strafbestimmung gegen Rechtsbeugung beizubehalten. Der Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches (E 1960 § 455) behält die bisherige Fassung im wesentlichen bei; er erstreckt die Anwendung der Strafbestimmung aber ausdrücklich auf Laienrichter und erhöht die Regelstrafdrohung auf 10 Jahre Zuchthaus.

Ich halte diesen Vorschlag für begrüßenswert. Man mag sich für eine schärfere Abgrenzung des Begriffs der Rechtssache aussprechen, um zu verhindern, daß jeder Verwaltungsbeamte, der seine Entscheidung an Rechtsnormen ausrichten soll, unter die Bestimmung fällt; aber es ist doch ein befriedigender Gedanke, daß es hier mit Hilfe des erörterten Paragraphen möglich gewesen ist und auch künftig möglich sein wird, schweres richterliches Unrecht zu sühnen. Hier zeigt sich die Unmöglichkeit, den Gedanken der gerechten Sühne aus dem Strafrecht mit der Begründung auszuschalten, daß er jenseits der Strafzwecke liege. Das hat nichts zu tun, wie einige Nachzügler der einstmals modernen soziologischen Schule glauben, mit Metaphysik oder mit Festhalten an dem geistigen Weltbild einer vergangenen Zeit. *Wenn wir etwas gelernt haben aus den furchtbaren Irrtümern der Vergangenheit, so die überragende Bedeutung, die im gesamten Staatsleben dem Gedanken der Gerechtigkeit zukommt.* An dieser Überzeugung müssen wir uns ausrichten gegenüber der schweren Belastung, die wir heute empfinden angesichts des Unrechts der Zweiteilung Berlins und der uns zugemuteten Dreiteilung Deutschlands. Nicht umsonst gehört zu dem Leitspruch der Freien Universität Berlin neben Freiheit und Wahrheit die Gerechtigkeit.