

# Ingo Müller

## Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken<sup>1</sup>

Die Zahl der bislang in Deutschland wegen Rechtsbeugung durchgeführten Strafverfahren ist gering und steht in keinem Verhältnis zu der Breite, mit der der § 336 StGB in der wissenschaftlichen Literatur abgehandelt wird.<sup>2</sup> Dabei ist diese Vorschrift nicht einmal dogmatisch sonderlich ergiebig und ihre Anwendung in der Praxis sperrt sich gegen jede wissenschaftlich-dogmatische Systematisierung. Der Rechtsbeugungstatbestand wurde nämlich – je nach Bedarf – sowohl dazu verwandt, unliebsame Kollegen zu disziplinieren als auch dazu, Richter gegen jeden strafrechtlichen Vorwurf zu immunisieren.

### *I. Systematische Grundprobleme: Das Reichsgericht und die Rechtsbeugung*

Einem der wenigen Rechtsbeugungsurteile – das RG hatte nur viermal über Rechtsbeugungen zu entscheiden<sup>3</sup>, nur zweimal über richterliche (Rechtsbeugung können auch Beamte und Schiedsrichter begehen) – lag folgender Sachverhalt zugrunde:

In den Nachkriegswirren hatten einige – offensichtlich revolutionäre – Bauern Waffen versteckt. Als sie wegen »Nichtanmeldung von Heeresgut« vor dem Schöffengericht angeklagt waren, schob ihnen der Vorsitzende des Gerichts die Entschuldigung unter, sie hätten die Waffen beim Volksrat angemeldet und gemeint, diese Anmeldung sei ausreichend gewesen. Der Richter wurde wegen Rechtsbeugung angeklagt und vom LG Gießen freigesprochen, und zwar unter Anwendung einer Variante der sogenannten subjektiven Rechtsbeugungstheorie: Der Angeklagte habe »ein unklares Gefühl von der Unschuld« der angeklagten Bauern gehabt und sie daher mit einer zwar objektiv rechtswidrigen Verhandlungsleitung begünstigt, mit dieser Begünstigung habe er aber »dem Rechte, wie er es erkannt habe, zum Siege verhelfen wollen«. Nach Auffassung des Gerichts hätte »erst das bewusste Handeln gegen seine Rechtsüberzeugung . . . seinem Verhalten den Charakter der Rechtsbeugung« gegeben.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Während der Arbeit an diesem Aufsatz erschien Jörg Friedrichs Sammlung sämtlicher Urteile der westdeutschen Justiz zur NS-Strafjustiz (Freispruch für die Nazi-Justiz, Urteile gegen NS-Richter seit 1948. Eine Dokumentation, Reinbek 1983 (rororo/aktuell Nr. 5348, DM 16,80), die die in C. F. Rütters 22bändiger Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen zwischen 1945 und 1966 (Justiz und NS-Verbrechen, Amsterdam 1968 bis 1981) nur schwer auffindbaren Urteile wegen Justizverbrechens zusammenfaßt. Dieses lesenswerte Buch knüpft an vielen Abhandlungen der neueren Zeit über »Justiz im Dritten Reich« an. Ich verdanke ihm viele Anregungen und habe die zunächst auf Rütters Sammlung bezogenen Belege auf die entsprechenden Fundstellen bei Friedrich umgestellt, da sie nirgends sonst so schnell verfügbar sind.

<sup>2</sup> Vgl. nur aus neuerer Zeit: Bege mann NJW 1968 1361; Dellian ZRP 1969, 51; Marx JZ 1970, 749; Mohrbauerer JZ 1969, 491 ff.; Rasehorn NJW 1969, 417; Rudolphi ZStW 82 (1970), 610; Schreiber GA 1972, 193; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung (1969); ders. ZRP 1973, 240; Spindel NJW 1973, 537; ders., Justiz und NS-Verbrechen, Klug-Festschrift 1983 Bd. 2 S. 375. Günter Spindels, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung (Berlin 1984) war bei Fertigstellung dieses Aufsatzes leider noch nicht erschienen, konnte daher also nicht berücksichtigt werden.

<sup>3</sup> RGSt 25, 267; 57, 31; 69, 213; 71, 315.

<sup>4</sup> RGSt 57, 31 (34) = JW 1922, 1025.

Das Reichsgericht hob das Urteil auf. Da es aber den vom Schwurgericht angenommenen guten Glauben des Richters an die Richtigkeit des Urteils nicht in Zweifel ziehen konnte, blieb als Anknüpfungspunkt für eine Rechtsbeugungsverurteilung nur die Prozeßleitung des Vorsitzenden. Entsprechend stellte das RG allein auf eine Bevorzugung des Angeklagten bei der reinen Prozeßleitung ab: »Die Rechtsbeugung kann schon allein bei der Leitung der Rechtssache begangen werden, ohne daß es hierbei darauf anzukommen hat, wie später die Entscheidung auszufallen haben würde. Es genügt, wenn der Täter bei der Leitung des Verfahrens das Recht in dem Bewußtsein verletzt, daß dadurch die Rechtsstellung der Partei verbessert oder verschlechtert wird, und es ist belanglos, ob der Täter das im Bewußtsein oder gar in der Absicht tut, eine nach seiner Meinung richtige oder unrichtige Entscheidung herbeizuführen.«<sup>5</sup>

Daß dieser Satz »unannehmbare Konsequenzen« haben müsse, hat Alsberg<sup>6</sup> in seiner kurzen Entgegnung auf die RG-Entscheidung schon angemerkt. Denn dann könnte jede Entscheidung bei einem Beweisantrag, jede Zulassung oder Ablehnung einer Frage, eines Antrages o. ä. eine Anzeige wegen Rechtsbeugung nach sich ziehen. Der im deutschen Strafverfahren viel stärker als anderen Orts exponierte Richter unterliege nach jeder Entscheidung der Gefahr, einem Verfahren wegen Rechtsbeugung ausgesetzt zu werden. Da überdies das Reichsgericht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht einmal für erforderlich gehalten hatte, konnte automatisch mit jeder Befangenheitsablehnung auch bereits der Rechtsbeugungsvorwurf erhoben werden. Die beiden Anmerkungen zu dem Urteil von Lilienthal und Alsberg<sup>7</sup> antizipieren schon die später von Radbruch und in dessen Gefolge von der gesamten Rechtsprechung und Lehre vertretene Auffassung, daß die Rechtsbeugung ein »Absichtsdelikt« sei, bei dem das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit »mit Rücksicht auf die Eigenart des einzelnen Delikts auch da, wo es tatbestandlich nicht ausdrücklich verlangt wird, ein notwendiger Bestandteil des Vorsatzes« sein müsse, denn auch »sonstige, die subjektive Richtung der Tat kennzeichnende Merkmale müssen unter Umständen, ohne daß sie im Gesetz erwähnt sind, aus dem Wesen des Delikts abgeleitet werden«. Lilienthal schränkt freilich ein, daß auch der Richter, der nach der »Gerechtigkeit« strebe, das Recht vorsätzlich beuge, »wenn er seine Absicht zu erreichen sucht auf einem Wege, den nicht einschlagen zu dürfen er sich bewußt ist. Wollte man das verkennen, so öffnete man damit der Willkür des Vorsitzenden Tür und Tor.«<sup>8</sup>

## II. Exzessive NS-Justiz – keine Rechtsbeugung

Lebhaft wurde die Rechtsbeugungsdebatte erst einige Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg, als die Rolle der Justiz im Dritten Reich Diskussionsgegenstand zu werden begann. Gustav Radbruch hatte dem ganzen belasteten Berufsstand eine goldene Brücke gebaut, indem er nicht nur die Schuld am Niedergang des Rechts auf seine und des Positivismus Schultern nahm<sup>9</sup>, sondern auch die Grundlinien künftiger juristischer Behandlung der NS-Justiz entwickelte: Rechtsbeugung sei nur strafbar, wenn sie bewußt erfolgte (*dolus directus*), und »Strafbarkeit der Richter wegen

<sup>5</sup> A. a. O., S. 33.

<sup>6</sup> JW 1922, 1026.

<sup>7</sup> A. a. O., 1025 und 1026.

<sup>8</sup> JW 1922, 1026.

<sup>9</sup> Vgl. I. Müller, *Leviathan* 1979, 308 (326).

Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihm begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus<sup>10</sup> (sogenanntes Richterprivileg). Allerdings wurde Radbruchs Ansatz zur Bewältigung der NS-Justiz recht einseitig rezipiert; daß er stets betont hatte, Verblendung und Rechtsblindheit schlossen den Rechtsbeugungsvorsatz keineswegs aus<sup>11</sup>, wurde regelmäßig ignoriert. Mit der Konstruktion des »Richterprivilegs« hat Radbruch jedoch wie kein anderer die Rechtsprechung der folgenden 20 Jahre bestimmt, wenngleich die einzelnen konkreten Verfahren – fünf Urteile in einem einzigen Verfahren waren keine Seltenheit, eher die Regel – zeigten, »welchen ungewöhnlichen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten die Ahndung der nationalsozialistischen Justizverbrechen begegnet. Dies liegt in ihrem Wesen und in der Natur der Sache« (BGHSt 9, 302).<sup>12</sup>

### 1. Das Sondergericht – Verletzung von NS-Rechtsnormen

Am 20. April 1943 fand vor dem Sondergericht Kassel<sup>13</sup> die Verhandlung gegen den ungarischen Ingenieur Holländer wegen »Rassenschande« statt. H. hatte in Deutschland studiert und einige Jahre als Ingenieur in verschiedenen Rüstungsbetrieben gearbeitet, als er 1941 erfuhr, daß er jüdischer Herkunft sei. Dies verschwie er seiner (arischen) Freundin und knüpfte später auch noch neue Frauenbekanntschaften an. Daraufhin wurde er wegen Rassenschande in 4 Fällen angeklagt und mit Hilfe einer bis dahin völlig unüblichen juristischen Konstruktion nach dreistündiger Verhandlung zum Tode verurteilt. Das für Rassenschande an sich nicht zuständige Sondergericht kombinierte das Blutschutzgesetz (das für Rassenschande »nur« Gefängnis oder Zuchthaus vorsah) mit dem § 20 a StGB, der für »gefährliche Gewohnheitsverbrecher« Zuchthaus bis zu 15 Jahren vorsah und zusätzlich noch mit § 1 der VO vom 4. 9. 1941, der für gefährliche Gewohnheitsverbrecher die Todesstrafe zuließ, »wenn das Bedürfnis nach gerechter Sühne« es verlangte. Damit begründete das Sondergericht seine Zuständigkeit und konnte zusätzlich auch zur Todesstrafe kommen. War diese Rechtskonstruktion schon weit hergeholt, so interpretierte das Sondergericht die Eigenschaft Holländers – dem die damaligen Richter nachträglich bescheinigten, er habe »einen guten und sympathischen Eindruck« gemacht und sei auch von Anfang an voll geständig gewesen – als »Gewohnheitsverbrecher« allein aus seiner Handlungsweise, was wiederum auch nur dadurch möglich wurde, daß das Gericht den Fortsetzungszusammenhang auflöste und die verschiedenen Sexualkontakte als mehrere Straftaten wertete.

1950 wurden der Berichterstatter und Urheber der originellen juristischen Konstruktionen, der ehemalige Kammergerichtsrat Kessler, und der Sondergerichtsvorsitzende Hassenkamp wegen Rechtsbeugung und Totschlags vor dem Schwurgericht Kassel angeklagt.

In seinem Urteil vom 28. 6. 1950 kommt das Gericht, ausgehend von der Überlegung, daß »nicht die heutigen, sondern die damaligen Verhältnisse zugrunde zu legen« seien, zu dem Ergebnis, daß den Angeklagten eine Rechtsbeugung nicht nachzuweisen war. Obwohl die Ausführung in ihrem damaligen Urteil, die Tat sei »ein Zeichen typisch jüdischer Frechheit« für rechtsfremde Erwägungen sprach, hielt das Gericht es für möglich, »daß dieser Satz, der nur in Parenthese angeführt ist, »schmückendes Beiwort« war und nichts mit der Findung des Urteils zu tun hatte, wobei schließlich auch hätte berücksichtigt werden müssen: die Angeklagten waren überzeugte Nationalsozialisten. Sie sind wahrscheinlich durch die damalige Propaganda gegen das Judentum vergiftet worden. Daher mag es zu einem derartigen

<sup>10</sup> Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff., nachgedruckt bei: de With, Gustav Radbruch, Reichsminister der Justiz (1978), S. 111 ff.

<sup>11</sup> SJZ 1947 Sp. 634.

<sup>12</sup> Friedrich, S. 435.

<sup>13</sup> Der Fall ist mit sämtlichen Urteilen dokumentiert bei Moritz/Noam, Juden vor Gericht (1978), S. 308 ff. und bei Friedrich, S. 307.

unsachlichen Ausdruck in den Urteilsgründen gekommen sein.«<sup>14</sup> Auch der Satz, mit dem das Sondergericht die Todesstrafe begründet hatte: »Den Ausschlag gibt der Umstand, daß der Angeklagte seine Verbrechen im zweiten und dritten Kriegsjahr begangen hat, also zu einer Zeit, als der Kampf Deutschlands mit dem Weltjudentum seinen Höhepunkt erreicht hat«, war nach Auffassung des Kasseler Schwurgerichts für die Todesstrafe keineswegs »ausschlaggebend«, denn man könne nicht sagen, »daß gerade der eine Grund, der offensichtlich unsachlich ist, entscheidend gewesen ist«. Allerdings nennt das Schwurgericht auch nirgends die »sachlichen« Gründe für die Todesstrafe. Obwohl der Angeklagte Kessler auch noch während des Verfahrens sein Opfer verböhrte, es als »charakterlich minderwertig« bezeichnete und noch 1951 die »Ehre des gesamten deutschen Volkes«, vor allem seine »Rassenehre« durch Intimbeziehungen zwischen Juden und Deutschen beschmutzt sah<sup>15</sup>, hielt das Gericht den Angeklagten zugute, sie seien »verblendet« gewesen, »fanatische Parteianhänger« und seien »bedingungslos der Propaganda, die von der Partei ausgestreut wurde, gefolgt«, daher »konnte ein vorsätzliches Handeln gegen das Recht nicht festgestellt werden.«<sup>16</sup>

Auf diese »Verblendung« legte das OLG Frankfurt<sup>17</sup> bei seiner Urteilsaufhebung vom 28. 3. 1952 besonderen Wert, und es erlegte dem Instanzgericht auf, sorgfältig zu prüfen, »ob die Angeklagten die Todesstrafe gegen Holländer aus sachlichen Rechtserwägungen für angemessen gehalten haben oder ob sie zur Verhängung der Todesstrafe aufgrund ihrer politischen Einstellung gelangt sind«. Beachtliche Indizien könnten die »unsachlichen und judenfeindlichen« Passagen des Urteils sowie die Tatsache sein, daß beide Angeklagte »überzeugte, ja fanatische Nationalsozialisten waren«. Offensichtlich wollte das OLG politische Verblendung nicht als Vorsatz-Ausschlußgrund anerkennen.

Aber gerade dieses Faktum wertete das Schwurgericht Kassel nach erneuter Verhandlung in seinem Urteil vom 28. 3. 1952 aufs neue als Entschuldigungsgrund: »Sicher hat bei den Angeklagten mitgesprochen, daß die Gesetze des Nationalsozialismus im Sinne des ›Führers‹ dem Buchstaben nach zu erfüllen seien«. Unabhängig davon, daß im Fall Holländer die Gesetze nicht dem Buchstaben nach erfüllt, sondern in einer Weise zusammenkonstruiert waren, daß »– soweit ersichtlich – kein anderes Sondergericht derartige Rechtsansichten vertreten hat«, hielt man den Angeklagten eine Situation zugute, die zumindest Kessler – der nach Einschätzung des Gerichts »wohl befähigste Jurist in Kassel« – an führender Stelle mit geschaffen hatte. Er hatte sich mit einigen veröffentlichten Urteilen<sup>18</sup> zum Vorreiter der Auffassung gemacht, daß bei der Beurteilung als »gefährlicher Gewohnheitsverbrecher« Taten in Fortsetzungszusammenhang als Einzeltaten zu werten seien, eine Rechtsauffassung, der sich schließlich auch das Reichsgericht nicht verschließen konnte. Zugunsten des »überdurchschnittlich guten Juristen« wertete das Gericht auch, daß er »bei der Frage, ob das Bedürfnis nach gerechter Sühne die Todesstrafe erfordere, geglaubt haben mag, es käme hierbei nur auf die Tat selbst, nicht aber auf die Täterpersönlichkeit an«, eine etwas abwegige Möglichkeit, die das Gericht selbst schon im nächsten Satz als »überhaupt nicht denkbar« bezeichnet.<sup>19</sup> Die Tatsache, daß die Angeklagten – entgegen ständiger Rechtsprechung – aus der fortgesetzten Handlung

<sup>14</sup> Moritz/Noam, S. 314.

<sup>15</sup> Auszug aus der Vernehmung Kesslers vor dem Schwurgericht Kassel am 1. 10. 1951, abgedruckt bei Moritz/Noam, S. 318.

<sup>16</sup> Moritz/Noam, S. 315 = Friedrich, S. 309.

<sup>17</sup> A. a. O., S. 316 ff. = Friedrich, S. 310.

<sup>18</sup> Vgl. z. B. DR 1943, 393.

<sup>19</sup> Moritz/Noam, S. 324.



mehrere Straftaten konstruiert hatten, um über die Anwendung des § 20 a StGB zur Zuständigkeit des Sondergerichts und der Kombination mit § 1 der VO vom 4. 9. 1941 zur Todesstrafe zu kommen, wertete das Gericht in der Wiederholungsverhandlung sogar noch zugunsten der Angeklagten: »Es kann daher zugunsten Kesslers nicht ohne weiteres die Möglichkeit außer acht gelassen werden, daß er das Urteil nicht aus politischen, rechtsfremden Erwägungen gefällt, sondern geglaubt hat, eine besondere juristische Leistung zu vollbringen, als er erstmalig den § 20 a StGB auf das Blutschutzgesetz anwandte«.

Der schließlich ergangene Freispruch wurde rechtskräftig.

## 2. Das Kriegsgericht – Todesurteile nach der Kapitulation<sup>20</sup>

Im Juni 1948 waren vor dem Schwurgericht in Hamburg vier ehemalige Angehörige eines Kriegsgerichts, darunter der Stabsrichter Holzwig sowie der ehemalige Gerichtsherr Kommodore Petersen, wegen »Verbrechens gegen die Menschlichkeit« nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 angeklagt. Das Gericht hatte am 9. Mai 1945 drei Soldaten zum Tode verurteilt, die sich in den Morgenstunden des 6. Mai, also zwei Tage nach der Teil-Kapitulation an ihrem Frontabschnitt (am 4. 5. 1945 hatten die den brüsschen Truppen gegenüberliegenden deutschen Streitkräfte kapituliert) von ihrer Truppe abgesetzt hatten. Am 10. 5. – also bereits zwei Tage nach der Gesamtkapitulation des Deutschen Reiches – ließ das Kriegsgericht die Todesurteile noch vollstrecken.

Obwohl der Spruch des Kriegsgerichts eindeutig geschriebenes Recht verletzte, sprach das LG Hamburg den Angeklagten Petersen frei und verurteilte den Stabsrichter Holzwig zu zwei Jahren Gefängnis wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit, aber nur weil er den Gerichtsherrn beeinflusst hatte, die Urteile rasch zu bestätigen und vollstrecken zu lassen; den Ausspruch der Todesstrafe nahm das Gericht ausdrücklich von der Verurteilung aus, weil »im Interesse der Unabhängigkeit des Richters selbst einmal ein ungerechtes Urteil in Kauf genommen werden muß«. Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone hob am 7. Dezember 1948 das Urteil auf und empfahl eine Verurteilung nach KRG 10, denn »wo es um die Verursachung einer Unmenschlichkeit geht, kann sich niemand damit entlasten, er habe das nicht erkannt, er sei dafür blind gewesen«.<sup>21</sup>

Gleichwohl nahm das LG Hamburg bei seiner erneuten Verhandlung an, daß eine Bestrafung der 3 Soldaten gerechtfertigt gewesen sei; daß die Flucht nach der Kapitulation erfolgte, sei ohne Bedeutung, »die Vorschrift des § 69 MStGB (müsse) als gültig und das Verhalten der Soldaten als tatbestandsmäßig angesehen werden«. Die Strafen seien aber unmenschlich hart gewesen, zumal zu berücksichtigen war, »daß der Nazistaat zusammengebrochen . . . und die politische Grundsituation eine völlig andere war«. Das Schwurgericht verurteilte Holzwig zu fünf und Petersen zu zwei Jahren Gefängnis wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit.<sup>22</sup>

Auf die Revisionen der Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft hob der 2. Strafsenat des BGH das Urteil auf<sup>23</sup>, weil die Grundlage der Verurteilung, das KRG Nr. 10 im Jahre 1952 nicht mehr galt. Er prüfte – entsprechend der Radbruch'schen Formel – ob eine Rechtsbeugung vorlag. Da diese die objektive Rechtswidrigkeit des Richterspruchs voraussetzt, kommt er zu dem Ergebnis:

»Nach dem bisherigen Sachverhalt kann aus verschiedenen Gründen an der objektiven Rechtswidrigkeit der Todesurteile nicht gezweifelt werden. Die Angeklagten durften zwar auch nach

<sup>20</sup> Die Urteile in dieser Sache sind bei Friedrich, S. 146 ff. abgedruckt.

<sup>21</sup> OGHSt 1, 217 = Friedrich, S. 147 f.

<sup>22</sup> Friedrich, S. 154.

<sup>23</sup> Urteil vom 29. 5. 1952 = MDR 52, 693 = Friedrich, S. 157.

der Gesamtkapitulation, also noch zur Zeit des Urteilserlasses, Militärgerichtsbarkeit ausüben. Sie waren jedoch nicht mehr befugt, Todesurteile zu fällen. Denn nach Art. IV des Gesetzes Nr. 153 der Militärregierung für Deutschland (betreffend deutsche Kriegsgerichte), das in Art. 1 alle deutschen Kriegsgerichte mit Ausnahme der Feldkriegsgerichte mit Wirkung vom 4. Mai 1945 abschaffte (Art. VIII) durfte ein Feldkriegsgericht eine höhere als zweijährige Freiheitsstrafe nur mit besonderer Genehmigung der Militärregierung verhängen. Eine solche Genehmigung war offensichtlich nicht erteilt. Demnach war der auf §§ 69, 70 MStGB gegründete Ausspruch der Todesstrafe gegen die drei Marinesoldaten gesetzwidrig.<sup>24</sup>

Statt aber hier die Prüfung der objektiven Rechtswidrigkeit abzurechnen und allenfalls noch auf eventuelle Irrtümer einzugehen, fährt der BGH erstaunlicherweise fort zu untersuchen, ob »auch ungeachtet der Beschränkung ihrer Gerichtsbarkeit« die angeklagten Richter in diesem Fall die Todesstrafe hätten aussprechen dürfen, denn »die Soldaten . . . hatten sich allerdings der Fahnenflucht im Felde schuldig gemacht. Deshalb war § 70 II MStGB an sich anwendbar . . . Auf Todesstrafe hätte allerdings gemäß den »Richtlinien des Führers und obersten Befehlshabers der Wehrmacht für die Strafzumessung bei der Fahnenflucht« vom 14. April 1941 dann erkannt werden müssen, wenn sie »unerlässlich« gewesen wäre, »um die Manneszucht aufrechtzuerhalten.«<sup>25</sup>

Schließlich kam der BGH zu dem Ergebnis, daß die Strafe wegen unmenschlicher Härte rechtswidrig gewesen sei, da sie auch nicht aus Abschreckungsgründen geboten war; er machte aber zur Bedingung einer erneuten Verurteilung, »daß die Angeklagten das Mißverhältnis zwischen der Schuld der Soldaten und der Todesstrafe erkannten« und empfahl unmißverständlich, auf fahrlässige, d. h. straffreie Rechtsbeugung zu erkennen, denn sollten die Richter bei der Strafzumessung »nur fahrlässige, für Todesurteile ursächliche Verstöße gegen das Recht begangen haben, so könnten sie hierwegen strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden.«<sup>26</sup>

War schon schwer verständlich, wie der BGH über die tatsächliche Rechtslage hinwegging, so ist die nachfolgende Rezeption dieses Urteils vollends unbegreiflich. Als hätte der BGH nie festgestellt, daß die Todesstrafe gesetzeswidrig war, d. h. positivem Recht widersprach, behauptet der OLG-Rat Dr. Schultz in seiner Besprechung des Urteils,<sup>27</sup> die Richter hätten »in unmittelbarem Gehorsam gegen das Gesetz gehandelt« und die Todesurteile seien allenfalls »wegen eines Verstoßes gegen eine ungeschriebene Regel der Strafzumessung« rechtswidrig gewesen. Gleichwohl könne diese Regel auch nicht zur Grundlage einer Rechtsbeugungsverurteilung gemacht werden, denn »auch hier handelt es sich nicht um die Verletzung positiven Rechts, da dieses eben ohne tatbestandliche Voraussetzungen die erkannte Strafe zuläßt«. So als habe das Dritte Reich am 8. Mai 1945 nicht kapituliert, stellte er die Frage, »ob der Richter sich strafbar gemacht hat, der sich durch eine nach dem positiven Recht getroffene Entscheidung im Widerspruch zu dem ungeschriebenen Recht setzt?« Die Antwort liegt »auf der Hand«, denn eine Bejahung »bedeutet eine unerwünschte und unnötige Schwächung der rechtsprechenden Gewalt.«<sup>28</sup>

Ganz in diesem Sinne weigerte sich wenig später das erneut mit der Sache befaßte LG Hamburg in dem rechtskräftig gewordenen Urteil vom 27. 2. 1953<sup>29</sup>, die tatsächliche Rechtslage zur Kenntnis zu nehmen. Auf die Erörterung der gesetzlichen Lage in der

<sup>24</sup> MDR 1952, 694.

<sup>25</sup> A. a. O., 695.

<sup>26</sup> A. a. O.

<sup>27</sup> MDR 1952, 696.

<sup>28</sup> A. a. O.

<sup>29</sup> Urt. v. 27. 2. 1953 = Friedrich, S. 159.

BGH-Entscheidung geht das Gericht mit keinem Wort ein und führt statt dessen aus:

125

»Was die materielle Rechtswidrigkeit der Entscheidungen anbetrifft, so ist zunächst festzustellen, daß die Bestimmungen des damals gültigen geschriebenen Rechts als solche durch die Todesurteile und ihre Bestätigung nicht verletzt worden sind. Es lag Fahnenflucht gemäß § 69 MStGB vor. Sie war auch im Felde begangen und daher gemäß § 70 Abs. 2 MStGB auf Todesstrafe, lebenslanges oder zeitiges Zuchthaus zu erkennen . . . Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Kriegsgericht bei der Strafbemessung die Richtlinien für die Strafzumessung bei Fahnenflucht vom 14. April 1940 berücksichtigt hat . . . Wenn auch nach ihrem Inhalt die Todesstrafe in weitem Umfange für geboten oder doch für angebracht erklärt wird, so besteht kein Grund, diese Richtlinien als Ganzes für ungerecht oder übermäßig grausam und also für ungültig anzusehen. Das Gericht hat auch rechtlich zutreffend das Vorliegen eines schweren Falles von Fahnenflucht gemäß § 1 Abs. 2 der Richtlinien bejaht.«

Nach allerlei rechtsphilosophischen Erwägungen (» . . . daß das göttliche Gesetz allen Menschen von Natur in das Herz geschrieben ist«) kommt das Gericht zur Prüfung der subjektiven Seite, wobei es vorausschickt, »zur Bejahung der persönlichen Voraussetzungen für ein solches, grundsätzlich rechtsfeindliches Handeln des Richters bei seiner Urteilstätigkeit« genüge es »keinesfalls festzustellen, daß er aktiver Nationalsozialist gewesen ist, denn das könnte er auch aus durchaus anerkenntniswerten Gründen gewesen sein«.

Schließlich schildert es den Angeklagten als menschlich »noch nicht genügend durchgebildete Persönlichkeit«, die den Zusammenbruch der alten Werteordnung nicht habe begreifen können: »daß das Gewesene plötzlich keine Geltung mehr haben sollte, daß jetzt eine andere Beurteilung am Platze war, hat Holzwig nicht erkannt. Das ist aber nicht nur ihm, sondern vielen anderen so gegangen. Der Umschwung der politischen Ansichten kam für Holzwig zu plötzlich, als daß er ihm hätte folgen können . . . Alle Angeklagten waren danach freizusprechen.«<sup>30</sup>

Die Grundsätze, die der BGH in seinem Urteil in dieser Sache aufgestellt hatte, sollten schon bald auf ihn zurückfallen.

### 3. Das SS-Standgericht – nationalsozialistische Überzeugung exkulpiert

Im April 1945, als weite Teile Süddeutschlands bereits von der amerikanischen Armee erobert waren, meinte man im Dörfchen Brettheim nahe Rothenburg o. T., es sei besser, sich zu ergeben als daß die Ortschaft in sinnlosen Verteidigungsgefechten dem Erdboden gleichgemacht würde. Als vier Hitlerjungen mit Panzerfäusten zur Verteidigung des Ortes anrückten, nahm man ihnen die Waffen fort und schickte sie weg. Der Führer des 13. SS-Armee-Korps Simon schickte daraufhin den Offizier Gottschalk nach Brettheim, um »die Sache« zu klären. Gottschalk stellte Ermittlungen an und bildete mit einem anderen Offizier und dem Ortsgruppenleiter der NSDAP ein Standgericht, das nach kurzer Beratung ohne Anklage und Verteidigung zum Todesurteil für den Bauern Hanselmann kam. Da der Ortsgruppenleiter das Urteil für zu hart hielt, verweigerte er seine Unterschrift. Daraufhin wurde am nächsten Tag der Ortsgruppenleiter und der Bürgermeister des Ortes von einem fliegenden Standgericht des 13. SS-Armee-Korps unter Vorsitz des Ritterkreuzträgers Otto wegen Wehrkraftzersetzung zum Tode verurteilt. Mit dem Bemerkten »aufhängen muß man diese Kerle« bestätigte Simon als Gerichtsherr die Urteile und hatte damit zugleich die Vollstreckungsart festgelegt, die Gottschalk daraufhin vollzog.<sup>31</sup>

10 Jahre später wurden Simon, Gottschalk und Otto wegen Mordes angeklagt und am 19. Okt. 1955 vom Schwurgericht Ansbach unter Hinweis auf das Richterprivileg freigesprochen, wobei das Gericht zugab, daß die Gesetze des Krieges »aus der heutigen Rückschau äußerst hart und schwer« erscheinen, es habe aber »diese

<sup>30</sup> A. a. O., S. 164.

<sup>31</sup> Vgl. die Darstellung des Falles bei BGHSr 10, 294 und Friedrich, S. 344 ff.

Gesetze zugrunde legen müssen«. Auf Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH am 7. 12. 1956 das Urteil auf.<sup>32</sup>

Obwohl der Vorsitzende des Standgerichts selbständig Verfahren einleitete, Beisitzer berief, die Verhandlung leitete, Urteile abfaßte und vollstreckte und obwohl § 145 MStGB die allgemeinen Amisdelikte – also auch die Rechtsbeugung – für Soldaten für anwendbar erklärte, stufte der BGH ihn als »Laienrichter« ein und setzte ihn damit einem Schöffen gleich. Als Laienrichter wurde auch der Gerichtsherr, der »zumindest durch die Bestätigung der standgerichtlichen Urteile richterliche Befugnis« ausübte, eingestuft. Da das MStGB durch Art. 3 des Kontrollratsgesetzes 34 außer Kraft gesetzt war, dürfe er zu einer Bestrafung nicht mehr herangezogen werden, mithin habe man die Kriegsrichter nicht als »Beamte« im Sinne der §§ 359, 336 StGB ansehen können.

Eine Bestrafung wegen der damals noch nicht verjährten Rechtsbeugung hatte der BGH damit ausgeschlossen. Bei der Prüfung anderer Tatbestände (§§ 211, 212 StGB) kommt er dagegen zu dem Ergebnis, daß die Angeklagten eindeutig Richter im Sinne des § 336 gewesen seien, also wegen des Richterprivilegs nur bei Vorliegen einer bewußten und gewollten Rechtsbeugung wegen eventueller anderer Straftaten zu bestrafen seien. Die Taten der Angeklagten seien jedoch objektiv Rechtsbeugung gewesen, da hier Gerichtsverfahren nur zum Schein durchgeführt worden waren, und »wer gar nicht Recht sprechen will und die Formen der richterlichen Tätigkeit nur zur Erreichung anderer, sachfremder Ziele benutzt, kann sich nicht darauf berufen, daß er sich – äußerlich gesehen – an die bestehenden Gesetze gehalten habe«.

Der BGH verwies den Fall vorsichtshalber nicht nach Ansbach zurück, sondern an das Landgericht Nürnberg, das mit der schlagenden Begründung, daß es nach den damals herrschenden Rechtsauffassungen gar keines Scheinverfahrens bedurfte, um die Verurteilung zu erreichen, zu einem glatten Freispruch kam.<sup>33</sup> Den zum Teil beharrlich schweigenden Angeklagten konnte – eben wegen dieses Schweigens – ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht nachgewiesen werden. Zwingende Verfahrensvorschriften seien ohnehin »nicht nachweisbar verletzt« worden, und der »Zeitdruck könnte die Nichtbeachtung von Sollvorschriften als entschuldbar erscheinen lassen«. Im übrigen hätte die Beiziehung eines Verteidigers ja am Ergebnis (Todesstrafe) ohnehin nichts geändert. Schließlich könnten auch die Todesstrafen für den Ortsgruppenleiter und den Bürgermeister als rechtmäßig angesehen werden, da diese »durch ihre duldsame Untätigkeit den Eindruck einer Billigung hervorgerufen« hätten.

Auf erneute Revision der Staatsanwaltschaft kam die Sache wieder vor den BGH<sup>34</sup>, der nun gründlich mit den »damals herrschenden Rechtsauffassungen« abrechnete:

»Das Bestreben der nationalsozialistischen Gewalthaber, sich des Strafrechts mißbräuchlich zur Stützung und Festigung ihrer Machtstellung und zur Unterdrückung jeder ihnen mißliebigen Meinung und Verhaltensweise zu bedienen, war schon alsbald nach der sogenannten Machtergreifung zu erkennen und trat während des Krieges um so nachdrücklicher hervor, je mehr die Aussichten auf einen Sieg dahinschwanden. Dieser im Gewande des Rechts betriebene Terrorismus äußerte sich in der Schaffung dehnbarer Tatbestände, in der Androhung unangemessen hoher Strafen, insbesondere der Todesstrafe« auch für nichtige Gesetzesverstöße. »Auf dem Gebiet des Verfahrensrechts und der Gerichtsverfassung entsprach dem die Aushöhlung der richterlichen Unabhängigkeit durch »Justizlenkung« von innen und planmäßigem Druck nach außen, (und) der Abbau der Verfahrensgarantien für den Beschuldigten«.

<sup>32</sup> BGH a. a. O.

<sup>33</sup> Friedrich, S. 358 f.

<sup>34</sup> Ur. v. 30. 6. 1959 = Friedrich, S. 362 ff.

Der BGH resümierte:

»Die Strafgerichtsbarkeit sollte nach dem Wunsch und Willen der maßgebenden Träger des Regimes unter dem täuschenden Schein des Rechts und der Rechtlichkeit innerlich mit jener unduldsamen Rachsucht erfüllt werden, wie sie sich zuerst am augenfälligsten in den Bluttaten aus Anlaß der sogenannten Röhm-Revolt geäußert hatte«.

Er verwies diesmal wieder nach Ansbach zurück, wo der SS-General und der Vorsitzende des Verfahrens gegen Bürgermeister und Ortsgruppenleiter wiederum freigesprochen wurden und lediglich Gottschalk zu 3½ Jahren Gefängnis verurteilt wurde. Dem SS-Führer hielt das Gericht zugute, daß er eben ein »überzeugter Nationalsozialist« gewesen sei, »nach Überzeugung des Gerichts ist ihm aber nicht nachzuweisen, daß er sich bewußt zum Komplizen der von den Machthabern angestrebten Praxis der Rechtsbeugung machte, wobei der Nachdruck auf ›bewußt‹ zu legen ist«.<sup>34</sup>

Bei diesem Urteil blieb es schließlich. Immerhin ist das Vermächtnis dieses Falles die klare und unmißverständliche Verdammung der NS-Justiz durch den Bundesgerichtshof.

#### 4. Das politische Gericht – Justiz in der DDR ist Rechtsbeugung

Kaum ein Jahr nach diesem Urteil ging der BGH anläßlich der Aufhebung eines Freispruchs in einem Rechtsbeugungsprozeß<sup>35</sup> auch von seinen Grundsätzen zum richterlichen Unrechtsbewußtsein ab:

Der Angeklagte hatte als Vorsitzender Richter der 6. (politischen) Strafkammer des LG Magdeburg Ende 1950 sechs Angehörige der Sekte »Zeugen Jehovas« wegen »Spionage, Kriegshetze und Boykothetze nach Art. 6 Abs. 2 der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik« zu Zuchthausstrafen zwischen 3½ und 10 Jahren Zuchthaus verurteilt. Der Richter wurde, nachdem er seinen Wohnsitz in der Bundesrepublik genommen hatte, angeklagt und vom LG Berlin verurteilt. Nachdem der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache an eine andere Strafkammer zurückverwiesen hatte, wurde er vom Vorwurf der Rechtsbeugung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung freigesprochen, weil er in seiner Eigenschaft als Vorsitzender der politischen Strafkammer kein unabhängiger Richter gewesen sei.

Auf Revision der Staatsanwaltschaft hob der BGH auch dieses Urteil auf; er ließ es nicht gelten, daß der Angeklagte vom Justizministerium unter Druck gesetzt worden sei: »Die Rechtsordnung verlangt von jedem – auch dem weisungsgebundenen – Beamten, dem die Entscheidung einer Rechtssache obliegt, daß er dabei ungeachtet etwaiger gegenteiliger Weisungen nach Gesetz und Recht verfährt«. Der BGH konzidierte dem Angeklagten zwar, daß seine Schuldaussprüche »von seinem damaligen Standpunkt als Richter der SBZ aus gesehen Recht waren«, ihm also insoweit der Rechtsbeugungsvorsatz gefehlt habe, dennoch könnten freilich in Strafausspruch und Verhandlungsführung Rechtsbeugungen vorgekommen sein, denn

»ein Strafrichter begeht, mag auch sein Schuldspruch keine vorsätzliche Rechtsbeugung enthalten, dennoch Rechtsbeugung, wenn er bewußt eine Strafe verhängt, die nach Art und Höhe in einem unerträglichen Mißverhältnis zu der Schwere der Tat und der Schuld des Täters steht«.<sup>36</sup>

Gegen diesen Vorwurf hatte der Angeklagte geltend gemacht, er habe die Strafe für angemessen gehalten, und dieser Einwand konnte ihm auch nicht widerlegt werden. Nach BGH-Auffassung schloß das freilich den Vorsatz der Rechtsbeugung »nicht ohne weiteres aus«, denn

<sup>34</sup> UrI. v. 23. 7. 1960 = Friedrich, S. 378.

<sup>35</sup> BGHSt 14, 147 = NJW 1960, 974.

<sup>36</sup> NJW 1960, 975.

»der Angeklagte ist Volljurist, von dem erwartet werden kann, daß er ein Gefühl dafür hat, ob eine Strafe in unerträglichem Mißverhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht«.

In diesem Fall hat sich der BGH offensichtlich der Grundsätze des OGHBZ<sup>37</sup> erinnert:

»Die eingeschränkte Verantwortlichkeit nach § 336 StGB kommt ausschließlich dem sachlich und persönlich unabhängigen Richter zu, dessen Unabhängigkeit sie sichern soll . . . Einem Richter, der an einer obrigkeitlichen Maßnahme mitwirkt, die mit allen Gerichtsurteilen nur die äußere Form gemeinsam hat, in Wirklichkeit aber ein Akt administrativer Vernichtung ist, steht das Privileg des § 336 StGB nicht zu«.

Nach den Grundsätzen der beiden letztgenannten BGH-Urteile, vor allem nach den klaren Worten über die NS-Justiz im Urteil zu dem SS-Standgericht, schien der Justiz der Weg zu einer Aufarbeitung der eigenen Vergangenheit geebnet.

An vernichtenden höchstrichterlichen Urteilen über die Justiz zwischen 1933–1945 hatte es ohnehin nie gefehlt. Das Nürnberger Juristenurteil<sup>38</sup> hatte von »fortschreitender Entartung des Rechtssystems unter der Naziherrschaft«, von »Nazifizierung des Rechtssystems« und von Prozessen »bar jeder Grundbestandteile der Rechlichkeit«<sup>39</sup> gesprochen und der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone von »nazistischer Justizlenkung«<sup>40</sup>. Der BGH<sup>41</sup> hatte die »bewußte Benutzung der Formen des Gerichtsverfahrens zur Erreichung von Zwecken, die mit Recht und Gerechtigkeit nichts zu tun haben« angeprangert und festgestellt, »daß rechtliche Möglichkeiten und selbst gerichtliche Verfahren zum Zwecke der Einschüchterung und Knebelung . . . mißbraucht« wurden und daß Urteile »offensichtlich nicht mehr der Rechtswirklichkeit, sondern bewußt dem politischen Terror dienen«.<sup>42</sup> Vor allem die Rechtsprechung des Volksgerichtshofs hatte laut BGH

»mit Rechtsprechung nichts zu tun. Er ist nur eine Ausnutzung gerichtlicher Formen zur widerrechtlichen Tötung«. Solche Justiz »dient dann nur noch der Vernichtung des politischen Gegners und verletzt den unantastbaren rechtlichen Kernbereich. Gerade dadurch enthüllt eine derartige »Rechtsprechung« ihr wahres Wesen als Terrorinstrument«.<sup>43</sup>

Schließlich hatte auch das Bundesverfassungsgericht<sup>44</sup> die NS-Justiz als »Terrorrechtsprechung« und »Unrechts-Rechtsprechung« qualifiziert. Nachdem es mit allen Gerichtszweigen von der Finanz- über die Disziplinar- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bis zur Zivil-, Straf- und Militärstrafgerichtsbarkeit abgerechnet hatte, kam es zu dem Urteil:

»Überall tritt zutage, daß die Richter es für ihre Pflicht hielten, jeweils anzuwendende Bestimmungen ganz im Sinne der allgemeinen Zielsetzungen des Nationalsozialismus – und das hieß: über das vom Wortlaut zwingend Geforderte hinaus – auszulegen und anzuwenden«.

Allerdings waren die Verdikte des BGH meist in sogenannten »Denunziantenprozessen« oder gegen andere Angeklagte, die nicht Berufsrichter waren, ergangen. Bei richterlichen Angeklagten hatte der BGH eher Verständnis für die »schwierige Situation« der damaligen Richter aufgebracht und festgestellt, »daß ein Staatswesen in Zeiten höchster kriegerischer und politischer (!) Gefahr Gerichte walten läßt, die

37 OGHSt 1, 217 = Friedrich, S. 489.

38 Friedrich, S. 24 und S. 34.

39 A. a. O., S. 48.

40 Ur. v. 7. 12. 1948 = Friedrich, S. 150.

41 BGHSt 10, 300/301.

42 BGHSt 3, 120.

43 BGHSt 9, 302.

44 In seinem zweiten 131er-Urteil vom 19. 2. 1957, BVerfG 6, 132 (183).

sachlich mit größter Strenge zu arbeiten haben und weitgehende Verfahrensfreiheiten genießen.«<sup>45</sup>

129

### 5. Der Volksgerichtshof – ein »unabhängiges Gericht«

Das spektakulärste Rechtsbeugungsverfahren betraf den nach Freisler meistbeschäftigten Richter des nationalsozialistischen Volksgerichtshofs, den Kammergerichtsrat Hans-Joachim Rehse<sup>46</sup>.

Rehses Namenszug trugen mindestens 231 Todesurteile des VGH, davon etliche wegen »absichtlichen Abhörens ausländischer Sender« und »Führens defaitistischer Reden« (§§ 1 und 2 der VO über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen und § 1 der Kriegssonderstrafrechtsverordnung). Rehse war 1939 Ermittlungsrichter beim VGH und 1941 Beisitzer des 1. Freisler-Senats geworden, dem er bis zum Ende des Krieges angehörte. Die Staatsanwaltschaft München hatte im Mai 1962 bereits ein Ermittlungsverfahren gegen ihn wegen eines Todesurteils gegen einen Priester mit der lapidaren Begründung eingestellt, Rehse könne nicht nachgewiesen werden, daß er mit bestimmtem Vorsatz ein Verbrechen wider das Leben begangen habe. Nach Erscheinen einer umfangreichen Dokumentation über die Verfolgung von Priestern im Dritten Reich, in der allein 15 Todesurteile mit Rehses Unterschrift dokumentiert sind, nahm die Staatsanwaltschaft Berlin die Ermittlungen unter anderem gegen Rehse wieder auf und erhob 1967 gegen ihn Anklage wegen Mordes und versuchten Mordes. Sie beschränkte sich dabei auf einige ganz eklatante Verletzungen der damals geltenden Gesetze (insbesondere solche, in denen der Begriff »Öffentlichkeit« des § 5 KSSVO auch nur auf eine Person angewandt wurde).

Das Landgericht Berlin verurteilte Rehse am 3. 7. 1967<sup>47</sup> wegen Beihilfe zum Mord in drei Fällen und Beihilfe zum versuchten Mord in vier Fällen zu fünf Jahren Zuchthaus.

Die Einstufung von NS-Tätern als Gehilfen war damals, vor Inkrafttreten des § 50 Abs. 2 StGB, durchaus üblich. Wie in verschiedenen Urteilen über andere NS-Gewaltverbrecher als Täter Hitler, Himmler und Heydrich genannt wurden, hieß es in dem Urteil, Freisler sei der eigentliche Täter gewesen. Er übte auf den Senat »einen beherrschenden Einfluß aus«, und der Angeklagte »unterließ jede Kritik an Freisler und ordnete sich seiner Autorität unter«. Eventuelle Rechtsbeugungen Rehses waren verjährt, die Feststellung, daß der Angeklagte »in sieben Fällen vorsätzlich das Recht gebeugt« habe, traf das Gericht lediglich, um die Grundsätze über die beschränkte Haftbarkeit von Richtern<sup>48</sup> nicht anwenden zu müssen. Allein, die extensive Auslegung des Begriffs »Öffentlichkeit« in § 5 Abs. 1 Nr. 1 KSSVO mochte das Gericht Rehse nicht anlasten, so hätten schließlich auch das Reichsgericht und das Reichskriegsgericht den Begriff verwandt. Entsprechend Radbruchs Satz, daß Rechtsblindheit den Vorsatz der Rechtsbeugung nicht ausschließen könne, den auch der OGHZ seiner Rechtsprechung zugrunde gelegt hatte, meinte das Gericht, es sei ein Unterschied, »ob ein Richter im Einzelfall über die tatsächliche Würdigung eines Sachverhalts oder die Auslegung eines Gesetzes irrt, oder ob er in einer Verblendung über einen langen Zeitraum hinweg rechtsfremde Ziele zu verwirklichen trachtet«, denn sonst müßte man genausogut Freisler freisprechen, wenn ihm die Rechtsblindheit ebenfalls nicht widerlegt werden könnte.<sup>49</sup>

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und Rehses hatte am 30. April 1968 der 5. Strafsenat des BGH, dem wir die klarsten Worte zu Hitlers Terrorjustiz verdan-

45 BGHSt 2, 173 (Huppenkothen-Prozeß) = Friedrich, S. 202 ff.

46 Vgl. die Darstellung des Falles in DRiZ 1967, 96, 250, 390; vgl. die Analyse von Frankenberg/Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung. Der Volksgerichtshof vorm BGH, KJ 1983, 145 ff.

47 Friedrich, S. 458.

48 BGHSt 10, 294.

49 Ur. v. 3. 7. 1967 = DRiZ 1967, 390 = Friedrich, S. 458.



ken, über den Fall zu entscheiden.<sup>50</sup> Eine besondere Rolle hat er dabei der Frage eingeräumt, ob richterliche Beisitzer als Mittäter oder nur als Gehilfen der Rechtsbeugung eines Vorsitzenden anzusehen seien. Der BGH hat nicht, wie das erstinstanzliche Gericht, Beihilfe angenommen, sondern – unter Hinweis auf den auch damals (jedenfalls formell) gültigen § 1 GVG – Mittäterschaft. Die Begründung dafür, auch ein VGH-Richter sei »bei der Abstimmung nach dem auch damals geltenden Gesetz unabhängig, gleichberechtigt, nur dem Gesetz unterworfen und seinem Gewissen verantwortlich« gewesen und hätte »allein der eigenen Rechtsüberzeugung zu folgen« gehabt, lud zu Mißverständnissen geradezu ein, und dem BGH wurde deswegen auch offen oder versteckt unterstellt, er habe den Volksgerichtshof rehabilitieren wollen.<sup>51</sup>

Was bei oberflächlicher Betrachtung wie eine späte Rechtfertigung des Volksgerichtshofs aussah, sollte jedoch nur dazu dienen, klarzustellen, daß der angeklagte Richter (Mit-)Täter und nicht bloßer Gehilfe sei. Diese Feststellung hatte im Zusammenhang mit der Auffassung des BGH, daß Mord ein eigenständiges Delikt und nicht nur eine modifizierte Form des Totschlags sei, zur Folge, daß die täterbezogenen Merkmale, die die Tötung zum Mord qualifizieren – insbesondere die niederen Motive – (die beim Vorsitzenden Freisler ohne lange Erörterungen bejaht wurden), dem angeklagten Beisitzer hätten nachgewiesen werden müssen. Obwohl das Schwurgericht detailliert begründet hatte, in welchem Zusammenhang es von »Rechtsblindheit« redete, sah der BGH hier »Unklarheiten und Widersprüche«; Rechtsblindheit und Verblendung schienen ihm, »im üblichen Sinne verstanden, mit dem Vorsatz der Rechtsbeugung nicht vereinbar«. Mit der unverhüllten Empfehlung freizusprechen verwies er die Sache an das Landgericht Berlin zurück.

Dessen Urteil vom 6. Dezember 1968<sup>52</sup> war tatsächlich ein Freispruch nicht nur für Rehse, sondern auch für die gesamte NS-Justiz:

Das Gericht hatte nicht feststellen können, »daß der damalige Angeklagte Dr. Metzger<sup>53</sup> in einer seine Rechtsstellung einschränkenden Weise in der Verteidigung behindert wurde . . . Auch in materieller Beziehung ist dem Angeklagten eine Rechtsbeugung nicht nachzuweisen . . . § 91b StGB und § 5 KSSVO entspringen dem Recht eines jeden Staates, in Zeiten gefährlicher Bedrängnis von außen seinen Bestand im Innern durch harte Kriegsgesetze zu sichern . . . Die Anwendung des § 91b StGB . . . hielt sich im Rahmen vertretbarer Gesetzesauslegung . . ., dem Angeklagten (war) nicht nachzuweisen . . ., daß er sich bei seinen Entscheidungen von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen . . . Mithin war der Angeklagte freizusprechen.«

Zum Skandal wurde das Urteil weniger durch die Ausführungen über den Angeklagten als vielmehr durch die vorgenommene Bewertung der NS-Justiz: » . . . denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . handelte es sich bei dem VGH um ein unabhängiges, nur dem Gesetz unterworfenen Gericht im Sinne des § 1 GVG«. Das hatte der BGH zwar nie behauptet, sondern nur, daß es Rehses Pflicht gewesen wäre, »allein der eigenen Rechtsüberzeugung zu folgen«; über »irgendwelche tatsächlichen Verhältnisse« wollte er gar nichts sagen, aber er hatte es sich mit einem pauschalen Hinweis auf § 1 GVG sehr leicht gemacht und damit das Mißverständnis provoziert. Ob diese Vorschrift überhaupt auf den VGH anwendbar war, ist nämlich zumindest fraglich.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 30. 4. 1968 = NJW 1968, 1039 mit Anm. Begetmann, NJW 1968, 2347 und Steinlechner, NJW 1968, 1790 f.; vgl. Frankenberg/Müller, 2. a. O. (Fn. 46), 157.

<sup>51</sup> Das Mißverständnis hat sich bis in unsere Tage erhalten; vgl. den offenen Brief von 30 Professoren an den Justizsenator und den Generalstaatsanwalt Berlin in der Frankfurter Rundschau v. 12. 1. 1980.

<sup>52</sup> Das Urteil ist ungekürzt bei Friedrich, S. 463 ff. wiedergegeben.

<sup>53</sup> Vgl. dazu den Fall Irmgart, in dem gerade auch das VGH-Verfahren gegen den Pater Dr. Metzger die zentrale Rolle spielte (BGHSt 9, 302 = Friedrich S. 433).

Bereits nach Inkrafttreten des »Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums«<sup>54</sup>, das ganz erheblich in die Rechtsstellung des Richters eingriff, hatte eine Flut von Literatur zur richterlichen Unabhängigkeit eingesetzt, die begründete, warum unter diesem Begriff »etwas ganz anderes«<sup>55</sup> zu verstehen sei als bisher, daß ihr im »Interesse einer einheitlichen Staatsführung gewisse Grenzen gesetzt werden müssen«<sup>56</sup> und daß man sich klar darüber sein müsse, »daß die Regel von der allgemeinen Bindung des Richters an das Gesetz heute etwas anderes besagt als früher«<sup>57</sup>, nämlich »gesinnungsmäßige Übereinstimmung des Fühlens und Wollens aller Rechtsgenossen«<sup>58</sup> und »Bindung an die leitenden Grundsätze des Führerstaates«<sup>59</sup>, wodurch – wie es in den »Richterbriefen« hieß – »der Richter der unmittelbare Gehilfe des Staates«<sup>60</sup> wurde. Zweifelhaft war die Fortgeltung des § 1 GVG zumindest nach dem 26. 4. 1942, als Hitler aus Verärgerung über die Behandlung des Falles Schlitt<sup>61</sup> seine Juristenschelte mit der Drohung schloß: »Ich werde von jetzt ab in diesen Fällen eingreifen und Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben!« und der Reichstag darauf eilfertig mit Gesetzeskraft beschlossen hatte:

»Der Führer muß, ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein, in seiner Eigenschaft . . . als oberster Gerichtsherr jederzeit in der Lage sein, nötigenfalls jedem Deutschen, sei er auch . . . Richter mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und bei Verletzung dieser Pflichten nach gewissenhafter Prüfung ohne Rücksicht auf sogenannte wohlverworbene Rechte mit der ihm gebührenden Sühne zu belegen und ihn im besonderen ohne Einleitung vorgeschriebener Verfahren aus seinem Amt, seinem Rang und seiner Stellung zu entfernen.«<sup>61</sup>

Dieses »Gesetz« schloß – wie Steinlechner in seiner Kritik des Rehse-Urteils<sup>61</sup> richtig anmerkt – die Fortgeltung des § 1 GVG aus.

Mit dem Rehse-Urteil war die justizielle Behandlung der NS-Justiz abgeschlossen. Zwar hatte die Staatsanwaltschaft dagegen Revision eingelegt, bevor es zu einer erneuten Verhandlung kam, verstarb Rehse.

Ein anderes großes Rechtsbeugungsverfahren<sup>64</sup> wurde, nachdem der BGH 1970 die Verurteilung zu 3 Jahren Freiheitsstrafe aufgehoben hatte<sup>65</sup>, wegen Verhandlungsunfähigkeit der Angeklagten 1976 endgültig eingestellt. Den inzwischen auch schon seit 5 Jahren in Berlin laufenden Ermittlungsverfahren gegen die 52 noch lebenden ehemaligen Mitglieder des Volksgerichtshofs wird vermutlich kein anderes Schicksal beschieden sein.<sup>66</sup>

54 Vom 7. 4. 1933 (RGBl. I, 175).

55 Henkel, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, Hamburg 1934.

56 Kern, Grenzen richterlicher Unabhängigkeit, ARSP Bd. XXVIII, S. 301 f.

57 Erik Wolf, Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates, ARSP Bd. XXVIII, 349.

58 Wolf, a. a. O., 351.

59 Rohling, DJZ 1935, Sp. 1348.

60 Richterbrief Nr. 1, zit. n. Boberach (Hrg.), Richterbriefe (1975), S. 6.

61 Vgl. Mostar, Unschuldig verurteilt (1961), S. 140 ff. sowie Radbruch, SJZ 1948, 60.

62 RGBl. I, 247.

63 NJW 1968, 1791.

64 Gegen die Besitzer des Nürnberger Sondergerichtsvorsitzenden Rothaug, der bereits im Nürnberger Juristenprozeß verurteilt worden war = Friedrich, S. 274 ff.

65 BGH NJW 71, 571.

66 Vgl. v. Feldmann, KJ 1983, 306 ff.; von den ursprünglich 63 Beschuldigten sind offenbar nur noch 52 übriggeblieben, von denen bislang 2 (zwei) verantwortlich vernommen wurden (vgl. v. Feldmann, S. 310).

Im Gefolge des Rehse-Urteils gab es eine Fülle wissenschaftlicher Veröffentlichungen und kurzer Beiträge zur Rechtsbeugung.<sup>67</sup> Während aber die Rechtsprechung kasuistisch entscheiden und eine dogmatische Figur anwenden und sie wieder verwerfen kann, hat die Strafrechtswissenschaft damit größere Schwierigkeiten; ihr verbleibt die undankbare Aufgabe, die verschiedenen, schwer miteinander zu vereinbarenden Konstrukte in einer einheitlichen Systematik unterzubringen.

In verschiedenen wohlmeinenden wissenschaftlichen Abhandlungen ist versucht worden, unter Eskamotierung der hinter den Rechtsbeugungsurteilen stehenden politischen Interessen neue dogmatische Figuren zu entwickeln. Natürlich wurden, wie stets im Strafrecht, eine objektive, eine subjektive und verschiedene vermittelnde Theorien entwickelt.

Mit akademischer Gelehrsamkeit ließen sich die manifesten Widersprüche jedoch nicht auflösen. Die »subjektive Theorie«, d. h. die Meinung, den Tatbestand des § 336 StGB erfülle ein Richter nur, wenn er seiner Rechtsüberzeugung zuwiderhandle<sup>68</sup> – wie auch immer diese beschaffen sein mag –, legte allzu offensichtlich eine Generalamnestie für sämtliche Richter des Dritten Reiches nahe. Da sie schon die Tatbestandsmäßigkeit von Unüberprüfbarem abhängig macht, könnte nach ihr jeder Richter freigesprochen werden. Wenig trägt zur Klarstellung auch die vermittelnde »Pflichtverletzungslehre« bei, deren Quintessenz lautet:

»Das tatbestandliche Unrecht der Rechtsbeugung ist nach der von uns verfochtenen Lehre in einer Beeinträchtigung der Herrschaft des Rechts, d. h. einer Rechtsgutverletzung zu erblicken, die durch die Verletzung der spezifischen Richterpflicht erfolgt, diese Herrschaft des Rechts zu bewahren und in allen dem Richter zur Entscheidung unterbreiteten sozialen Sachverhalten zu realisieren.«<sup>69</sup>

Welche Schwierigkeiten schließlich der Versuch bereitet, für NS-Richter einen generellen Freispruch zu fordern und gleichzeitig die Tauglichkeit des § 336 StGB noch für künftige Fälle zu erhalten, wird bei Schreiber<sup>70</sup> deutlich, der vorgibt, »der wohl überwiegenden Ansicht zu(zuneigen), diejenigen, die in Kenntnis des Verstoßes exzessiver Unrechtsgesetze gegen den Kernbereich zivilisierten Rechts diese Gesetze dennoch angewandt zu haben, grundsätzlich nach § 336 StGB zu bestrafen«<sup>71</sup>, der aber andererseits auch noch diejenigen strafflos lassen will, »die Recht im Sinne etwa der NS-Ideologie ausgelegt« haben, selbst wenn diese Auslegung einen krassen Rechtsbruch darstellte. Dieser weit verbreiteten Tendenz, auf die »damals herrschenden Rechtsauffassungen« abzustellen und zu akzeptieren, »daß es bei der Beurteilung von Vorgängen aus der Zeit des nationalsozialistischen Regimes als verbindlich hinzunehmen sei, wenn nach dem Willen der damaligen Machthaber offenbare Rechtsbrüche für Recht zu gelten hatten«, hatte der BGH<sup>72</sup> bereits 1959 eine klare Abfuhr erteilt. Dennoch soll nach Schreiber der von Spendel<sup>73</sup> angeführte Wetzlarer Richter »mangels Vorsatzes« strafflos bleiben, der lange vor Verkündung des Blutschutzgesetzes (eindeutig contra legem) die Ehe zwischen einem Juden und einer

67 Begemann NJW 1968, 1361; Dellian ZRP 1969, 51; Rasehorn NJW 1969, 457; Seebode ZRP 1973, 240; Spendel NJW 1971, 537.

68 Vgl. z. B. v. Weber NJW 1950, 272; Sarstedt, Heinitz-Festschrift (1977), S. 427.

69 Rudolphi ZStW 82 (1970), 610 sowie ders., SK Anm. 13 zu § 336.

70 GA 1972, 193 ff.

71 Ebd., 202.

72 In seinem zweiten Simon-Urteil (s. o. Fn. 34).

73 Radbruch-Gedächtnisschrift (1968) S. 314/319 sowie LK Rdn 87, 99; der Beschluß des AG Wetzlar v. 17. 6. 1935 ist bei Noam/Kropat (Juden vor Gericht, 1975, S. 61 ff.) abgedruckt.

Deutschen nicht zugelassen hatte, weil er eine solche Ehe »für Rassenverrat hielt«. »Unausweichlich« ist für Schreiber<sup>74</sup> auch die Entscheidung des Landgerichts Oldenburg, einen Richter vom Vorwurf der Rechtsbeugung freizusprechen, der 1935 die nach eindeutigem und nie geändertem Gesetzeswortlaut zulässige und begründete Klage eines jüdischen Viehhändlers wegen Nichtlieferung eines gekauften Pferdes mit der Begründung abgewiesen hatte: »Das Aufkaufen von Erzeugnissen des deutschen Bodens durch Juden ist grundsätzlich unsittlich, da es gegen das Anstandsgefühl eines Nationalsozialisten verstößt, den deutschen Heimatboden und dessen Erzeugnisse an Juden zu verkaufen«. Das von Schreiber<sup>75</sup> so benannte »Gesamt der NS-Gesetze«, auf das sich der Wetzlarer Richter angeblich berufen hatte, war, liest man es bei Spindel<sup>76</sup> nach, das »höhere und natürliche Recht, wie es sich aus dem nationalsozialistischen Parteiprogramm, Hitlers ›Mein Kampf‹ und NS-Gesetzen« ergebe.

Wer dergestalt für die Strafflosigkeit auch noch des offensichtlichsten NS-Rechtsbeugers plädiert, muß sich in Widersprüche verwickeln, wenn er für den § 336 StGB andererseits noch einen Anwendungsbereich finden will. Dem entgeht auch Schreiber nicht, wenn er als Musterbeispiel des rechtsbeugenden Richters denjenigen anführt, der »seiner Entscheidung etwa ein Parteiprogramm oder Bestimmungen des Bodenrechts eines anderen Staates zugrunde legt, weil diese einem entwickelteren Stand des historischen Prozesses entsprechen«<sup>77</sup>, andererseits aber alle, »die Recht im Sinne der NS-Ideologie ausgelegt« haben, pauschal freisprechen will, auch wenn diese »Auslegung« in nichts anderem bestand, als daß statt des Gesetzes ein Parteiprogramm der Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Die Lösung des Widerspruchs liegt offenbar darin, daß man je nach Parteiprogramm differenziert.

Eine Rechtsbeugung läge nach Schreiber sicher auch dann vor, »wenn sich heute etwa in der Folge einer erneuerten radikalen Freirechtsbewegung ein Richter vom positiven Recht lossagt, um – wie ihm ja teilweise empfohlen wird – nach vernünftigeren Prinzipien eine bessere Kriminalpolitik zu treiben, als das Gesetz zuläßt.«<sup>78</sup> Unter »positivem Recht« versteht Schreiber dabei keineswegs nur die Gesetze, denn damit würde der Richter »zum Sklaven einer Rechtsordnung, wenn er im Sinne der Radbruch'schen These<sup>79</sup> nur zu fragen hätte, »was rechtens ist und niemals auch, ob es gerecht sei«. Zur Bindung an die Gesetze müßten schon die »ihnen zugrunde liegenden Prinzipien« hinzutreten, »ferner die in langer Tradition entwickelten . . . Methoden der Auslegung, . . . Entfaltungen und Konkretisierungen, die das Gesetz in der Rechtsprechung erfahren hat, und schließlich . . . das herrschende Sozialethos«<sup>80</sup> (!).

Man muß schon genau hinsehen, wenn man die Nuancen erfassen will: Da wird mehrmals vor einer »neuen Freirechtsbewegung« gewarnt und gleichzeitig der Richter nicht aufs Gesetz, sondern auf das »herrschende Sozialethos« festgelegt. Unabhängig vom Inhalt des Bundesgesetzblattes kommt es dann nur noch darauf an, ob ein Richter dem konservativen Grundkonsens der Justiz folgt oder nicht. Wird nämlich explizit nicht das Gesetz, sondern »das in Anwendung befindliche und in dieser Anwendung sich wandelnde Recht«<sup>81</sup> zur Grundlage der Rechtsbeugungs-

74 A. a. O., S. 203 (Fn. 70).

75 A. a. O. (Fn. 70).

76 Radbruch-Gedächtnisschrift S. 314.

77 GA 1972, 201.

78 Ebd., S. 202.

79 Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 1914, S. 182.

80 A. a. O., S. 201 (Fn. 77).

81 A. a. O. (Fn. 77).

bestrafung gemacht, so ist allein entscheidend, ob der Richter im Einklang mit den herrschenden Gewalten handelt. Sollte er, wo sich Divergenzen zwischen Gesetzeswortlaut und »herrschender Meinung« ergeben, sich für das Gesetz entscheiden, so verstößt er nach Schreibers Auffassung bereits gegen das »positive Recht«. Unmißverständlich ist schließlich die Warnung in der prophezeienden Bemerkung, »angesichts der möglichen Verstärkung freirechtlicher Strömungen mag das von größerer Bedeutung werden«.<sup>82</sup>

### 1. Irrtum und Rechtsblindheit

Da sich kein NS-Richter ausdrücklich auf einen »Irrtum« berief (es sei denn auf den historischen) haben auch alle Erörterungen der verschiedenen Irrtumslehren in diesem Zusammenhang allenfalls akademischen Wert. Der un- bis mißverständliche Passus des BGH-Urteils zum Fall Rehse, daß »Rechtsblindheit und Verblendung« mit dem Vorsatz der Rechtsbeugung nicht vereinbar erscheinen, lenkt auf eine falsche Fährte, der Rechtsprechung und -lehre auch weitgehend gefolgt sind. Radbruch, dessen Stichworte zur Rechtsbeugung man so begierig aufgenommen hatte, drang mit seiner Einschränkung, daß »solche Rechtsblindheit . . . den Vorsatz nicht auszuschließen« vermöge, trotz beschwörender Appelle (»Sollte wirklich das deutsche Volk einschließlich der Täter so von allen guten Geistern verlassen gewesen sein, daß ihm . . . gar nie der Gedanke gekommen wäre, daß es sich hier trotz des gesetzeseqlichen Führerbefehls um gesetzliches Unrecht handelte?«)<sup>83</sup> überhaupt nicht durch.

Bei allen Richterfreisprüchen führte weniger die Vorsatzkonstruktion selbst als vielmehr die Praxis der Gerichte, bei sogenannter Rechtsblindheit den Vorsatz des Täters zu verneinen, zum Freispruch. Liegt schon im Zugeständnis der »Verblendung« ein großes Entgegenkommen, schließlich ist sie nichts anderes als fehlgeleiteter Fanatismus, der in anderem Zusammenhang unter niedere Motive subsumiert würde – so ist der Ausdruck »Rechtsblindheit« vielschichtig und unklar.

Versteht man ihn als »Blindheit« innerhalb des Rechts, dergestalt, daß sich der »rechtsblinde« Richter in bestimmte juristische Gedankengänge verrannt hätte, so mag solche »Rechtsblindheit« den Rechtsbeugungsvorsatz ausschließen; »dolus eventualis reicht noch nicht einmal aus, den rechtsblinden Richter zu erfassen«.<sup>84</sup>

Um diese Art von »Rechtsblindheit« ging es jedoch in keinem Fall eines angeklagten NS-Richters. »Blindheit« war es genau genommen gar nicht, denn der Rechtsbruch geschah – soweit die Urteilsbegründungen Aufschluß über Beweggründe des Gerichts geben – sehenden Auges. Einer der Richter, die Schreiber »mangels Vorsatzes« straffrei ausgehen lassen will, hat seinerzeit detailliert begründet, warum er die Eintragung der Ehe verweigerte.<sup>85</sup> Da ist viel von »schädigenden Einflüssen artfremder Rassen«, der »Wiedererstarkung der deutschen Seele« und »den Grundlagen der nationalsozialistischen Weltanschauung« die Rede, wenig dagegen vom Recht. Zwar führt der Beschluß aus, daß »grundlegende Gesetze« des NS-Staates »von der Einsicht in die seelisch und körperlich schädigenden Wirkungen der Blutmischung« durchdrungen seien, aber auf diese Gesetze wird die Entscheidung nicht gestützt. Der Richter räumt ein, »daß die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen die Eheschließung nicht verbieten«, aber »dieser formal-gesetzliche Zustand« sei

<sup>82</sup> A. a. O., S. 208 (Fn. 77).

<sup>83</sup> SJZ 1947, 634.

<sup>84</sup> Maurach-Schroeder, Strafrecht BT, Bd. 2, S. 195.

<sup>85</sup> Beschluß des AG Weizlar v. 17. 6. 1935 (s. Fn. 73).

irrelevant gegenüber »dem gesamten amtlichen und halbamtlichen Schrifttum des Staates und der NSDAP«; die Berufung auf den Gesetzeswortlaut entspringe dagegen »typisch jüdisch-liberalistischem Moral- und Rechtsdenken«.<sup>86</sup>

Mag sein, daß Richter, die so entschieden, »verblendet« waren, »rechtsblind« waren sie jedoch nicht. Die Ausführungen in verschiedenen Unrechtsurteilen erweisen sie als Überzeugungstäter, die ihre Motive für die Rechtsbeugung in den Gründen ihrer Entscheidungen oft detailliert dargelegt haben und deren Vorsatz, das Recht zu beugen, damit offen belegt ist. Ihre Überzeugungstäterschaft mag ihnen schuldmindernd zugrunde gehalten werden, ihnen deswegen den Vorsatz abzusprechen, hieße jedoch, bei jedem Tatmotiv von vornherein den Vorsatz zu verneinen.

Soweit ersichtlich hat es auch keinem anderen angeklagten NS-Gewaltverbrecher genutzt, sich darauf herauszureden, er sei begeisterter Nationalsozialist, Rassenfanatiker o. ä. gewesen. Das hätte in den Augen des Gerichts auch nicht sein »Unrechtsbewußtsein« ausgeschlossen, im Gegenteil sein Handeln zum Mord qualifiziert, denn daß auch politische Motive »niedrig« im Sinne des § 211 StGB sein können, hat der BGH bei Tötung aus Rassenhaß ausdrücklich anerkannt.<sup>87</sup>

## 2. Der Vorsatz der Rechtsbeugung

Für die Strafbarkeit der Rechtsbeugung bewußtes Handeln (*dolus directus*) zu fordern, ist keine Erfindung der Nachkriegszeit. Sämtliche älteren Gesetze und Entwürfe enthalten Hinweise auf den direkten Vorsatz. So hieß es im § 314 des Preussischen StGB »vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachteiligung einer Partei«, was instrumentelles, finales Handeln voraussetzt. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 wollte den Richter strafen, »der wissentlich das Recht beugt«, der E 1919 denjenigen, der »in der Absicht einen Beteiligten zu begünstigen oder zu benachteiligen, wissentlich das Recht beugt« (§ 171); wortgleich fordert § 126 des E 1925 den direkten Vorsatz, und die Entwürfe von 1960 und 1962 sehen eine Strafe nur für den Richter vor, der »absichtlich oder wissentlich« Rechtsbeugung begeht.<sup>88</sup> Auch ohne daß § 336 StGB eine *dolus-directus*-Formel enthielt, war man sich lange einig, daß er ein »Absichtsdelikt« beschreibe, weil der direkte Vorsatz aus der »Eigenart des Delikts« folge, auch wenn er »tatbestandlich nicht ausdrücklich verlangt wird«.<sup>89</sup> Dieser Konsens, gegen den nur sehr selten opponiert wurde, geriet jedoch ins Wanken, je mehr die Rechtsprechung den direkten Vorsatz strapazierte und auch dem nazistisch fanatisierten Terrorrichter noch großzügig fehlendes Unrechtsbewußtsein zubilligte.

Vorherrschend war denn auch in den kritischen Stimmen zum Rehse-Urteil die Forderung, im Rechtsbeugungsverfahren die gesetzlich vorgesehene Vorsatzform anzuwenden, den Selbstschutz »contra legem« aufzugeben<sup>90</sup>, das »selbst geschaffene Standesprivileg«<sup>91</sup> zu beseitigen und endlich das Wort »vorsätzlich« in § 336 StGB »nach den Regeln der allgemeinen Dogmatik«<sup>92</sup> auszulegen. Dabei wurde meist – genau wie in der kritisierten Rechtsprechung – kein Unterschied zwischen »Verblendung« bzw. »Rechtsblindheit« und Vorsatzform gemacht: »Freisler und andere NS-Richter glaubten lediglich, sich aus Gründen der Staatsräson . . . über diese Beden-

86 A. a. O., S. 62.

87 BGHSt 18, 37.

88 Vgl. die Darstellung der verschiedenen Entwürfe bei I. Müller NJW 1980, 1391.

89 Alsberg JW 1922, 1026.

90 Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung (1969) sowie ders. ZRP 1973, 240.

91 Hirsch ZStW 82, 436, der an Seebodes Vorschlägen freilich harte Kritik übt.

92 Rasehorn NJW 1969, 459, vgl. auch Dellian ZRP 1969, 51.

ken hinwegzusetzen. Damit fehlte zwar der direkte Vorsatz, wohl aber war der Eventualvorsatz vorhanden.«<sup>93</sup>

In diesem undifferenzierten Chor waren bedächtige Stimmen selten. So hat z. B. Spendel<sup>94</sup> verschiedentlich die automatische Folgerung mancher Gerichte, wenn der Richter fanatischer Nazi war, sei ihm der Rechtsbeugungsvorsatz nicht nachzuweisen, kritisiert, die Rechtsblindheit vom (vorsatzausschließenden) Tatbestandsirrtum unterschieden und sie, soweit sie überhaupt auf Irrtum beruhte, als bloßen »Subsumtionsirrtum« eingestuft. Aber nur wenige Autoren haben gesehen, daß die Verurteilung Rehse nicht an der Vorsatzfrage gescheitert ist, sondern an der Großzügigkeit, mit der BGH und LG Berlin, wie schon verschiedene Gerichte zuvor, den Vorsatz ausschlossen, weil der Richter behauptete, das damalige Urteil für richtig gehalten zu haben. Am naheliegendsten wäre es gewesen, mit Lewald<sup>95</sup> zwischen »Rechtsblindheit und politischer Verblendung, die zum Mißbrauch des Rechts für rein politische Zwecke treibt« zu unterscheiden, wie es in der Nachkriegszeit auch schon das OGHZ<sup>96</sup> und das OLG Frankfurt<sup>97</sup> getan haben. Zu einer derartig differenzierten Betrachtungsweise, die ebenso die Bewältigung offenbaren Richterunrechts wie auch die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit gewährleistet hätte, war man teils nicht bereit, teils nicht in der Lage. Dellian fand es »einfach indiskutabel«<sup>98</sup>, daß Richter sich dermaßen selbst privilegierten, Seebode prangerte Pläne, den direkten Vorsatz nun auch noch ins Gesetz zu schreiben (und damit zu verewigen) als »versteckte Strafrechtsreform«<sup>99</sup> an, und ein offensichtlich fortschrittlich orientiertes »Aktionskomitee Justizreform« war der Auffassung, der Tatbestand der Rechtsbeugung dien(e) der Stärkung der richterlichen Verantwortung und müsse daher häufiger angewandt werden.<sup>100</sup>

Nachdem klar war, daß die westdeutsche Justiz das Kapitel NS-Justiz mit dem Fall Rehse für abgeschlossen hielt, widersetzte sich der Rechtsausschuß des Bundestages dem Plan der Bundesregierung, anlässlich der (rein formellen) Umstellung etlicher Gesetzesvorschriften mit dem EGGVG<sup>101</sup>, in den §§ 336 StGB die Wörter »absichtlich oder wissentlich« einzufügen. Er vertrat die Auffassung, daß »eine unveränderte Beibehaltung des bisherigen Wortlauts automatisch zu einer entsprechenden Ausweitung des subjektiven Tatbestands führen«<sup>102</sup> müsse. Unklar ist freilich, wie er zu dieser Meinung kam, schließlich hatte man seit jeher, auch ohne daß der Tatbestand etwas dafür hergab, und trotz der allgemeinen Auffassung, »daß der bedingte Vorsatz überall da ausreiche, wo nicht durch die Fassung des Gesetzeswortlauts der bestimmte Vorsatz oder gar absichtliches Handeln vorausgesetzt wird«<sup>103</sup>, bei der Rechtsbeugung das Erfordernis des direkten Vorsatzes aus der Spezifik des Tatbestandes abgeleitet.

Über die Motive des Rechtsausschusses für seine Entscheidung läßt sich nur spekulieren. Verblüffend ist aber, mit welcher Einhelligkeit der neuen Auffassung gefolgt

93 Rasehorn, ebd.

94 Zur Problematik der Rechtsbeugung, Radbruch-Gedächtnisschrift (1968) S. 312 ff.; ders. NJW 1971 S. 537 ff. und die bislang wohl die gründlichste Behandlung der Rechtsbeugungsproblematik in Spendels Kommentierung des § 336 StGB in LK 10. Aufl. (1982).

95 NJW 1969, 459; vgl. auch Spendel, LK Rdn. 95 ff.

96 S. o. Fn. 21.

97 S. o. Fn. 17.

98 ZRP 1969, 51.

99 ZRP 1973, 42.

100 Vgl. Rasehorn NJW 1969, 459.

101 Vom 2. 3. 1974 (BGBl. I, 469).

102 BT-Drs 7/1261, S. 22.

103 BGHSt 5, 245 (246) = NJW 1954, 438.



wurde. Von wenigen warnenden Stimmen<sup>104</sup> abgesehen ist nunmehr der herrschenden Meinung klar, daß auch die mit bedingtem Vorsatz begangene Rechtsbeugung bestraft werden müsse. Meist wird sogar mit der Bezeichnung des Meinungsumschwungs als »Gesetzesänderung« der Eindruck erweckt, als sei nunmehr der Gesetzeswortlaut als zwingende Handlungsmaxime richterlicher Entscheidung geändert worden. Strittig ist zwar noch, ob das Richterprivileg – der Grundsatz, daß ein Richter wegen einer durch das Urteil begangenen Freiheitsberaubung und der Beleidigung nur strafbar sei, wenn ihm gleichzeitig auch eine Rechtsbeugung vorzuwerfen ist – bei dieser neuen Regel noch Bestand habe oder nicht. Cramer<sup>105</sup> und Krause<sup>106</sup> meinen, es sei entfallen, Maurach/Schröder<sup>107</sup> sind der Auffassung, daß es weitergelte, verschiedene Autoren erwähnen es nicht einmal mehr.

Hatte Seebode<sup>108</sup> noch 1973 seinen Vorschlag, den Rechtsbeugungsvorsatz zu senken, damit verteidigt, kein vernünftiger Mensch denke daran, dem Richter, der die Möglichkeit eines Fehlurteils erkenne und trotzdem entscheide, weil er doch schließlich ein Urteil fällen müsse, als Rechtsbeuger zu bestrafen, heißt es heute bereits, es genüge, »wenn der Täter zumindest mit einer falschen, für eine der Parteien des Rechtsstreits nachteiligen – somit die Angriffspartei begünstigenden – Rechtsanwendung rechnen und diese für möglich halten mußte und dies willensmäßig gebilligt hat«; »im Gegensatz zur alten Fassung« soll subjektiv »weder sicheres Wissen um die falsche Rechtsanwendung bzw. die Nachteile für eine Partei noch gar eine entsprechende Absicht oder Motivation erforderlich«<sup>109</sup> sein. Mit anderen Worten: Auf »Vorsatz« im klassischen Sinne, Wissen und Wollen wird verzichtet; die falsche Rechtsanwendung indiziert ihn, und wenn der Richter zwar eine richtige Entscheidung fällt, aber seiner Sache nicht ganz sicher ist und an der Richtigkeit zweifelt, ist nach Cramer »in aller Regel dolus eventualis und damit strafbarer Versuch der Rechtsbeugung«<sup>110</sup> gegeben. Hier hat sich ein erstaunlicher Umschwung von der höchsten zur niedrigsten Vorsatzstufe vollzogen.

#### IV. »Rechtsbeugung« durch kritische Richter?

##### 1. Bei Beleidigung Rechtsradikaler kein Richterprivileg

Im Herbst 1978 wurde in Osnabrück ein Postbeamter, der bei einer NPD-Demonstration einen Besenstiel mitgeführt hatte, wegen Mitführens einer Waffe bei einem öffentlichen Umzug nach den §§ 2 Abs. 3, 27 des Versammlungsgesetzes zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 40 DM verurteilt. Der Angeklagte hatte behauptet, der Stock sei ihm im Verlaufe der Demonstration von einer Frau, vermutlich einer US-Agentin, in die Hand gedrückt worden. Das Gericht hielt diese Einlassung für wenig wahrscheinlich, denn es entspreche allgemeiner Erfahrung, daß »Zivilcourage und Bekennermut« nicht gerade Sache eines »rechten Extremisten bürgerlicher Provenienz« seien und daß »solche rechtsextremistischen Versteigkeiten in aller Regel das Ergebnis einer pathologischen Diskrepanz zwischen der verdrängten Selbst-

104 Krause NJW 1977, 285 f.; I. Müller NJW 1980, 2390 ff.; Dreher/Tröndle, StGB 41. Aufl., Rdn. 6 zu § 336.

105 Schönke/Schröder/Cramer Anm. 7 zu § 336.

106 NJW 1977, 286.

107 Maurach/Schröder, BT Bd. 2, S. 193.

108 ZRP 1973, 240.

109 Geerds, Rechtsgutachten in Sachen Feser vom 18. Mai 1983, S. 16, abgedruckt in: Rechtsbeugung am Arbeitsgericht? Haben die Arbeitsgerichte Schlagseite? Eine Dokumentation, Ffm. o. J. S. 121 ff. (136); vgl. R. Erd, Hoechst AG gegen Arbeitsgericht Frankfurt am Main, KJ 1984, 58 ff.

110 Schönke/Schröder/Cramer, Rdn. 7.

wahrnehmung einer kleinkarierten Persönlichkeit und politischem Größenwahn« darstellen. Von diesen Sätzen fühlte sich der Angeklagte beleidigt. Auf Anklage der Staatsanwaltschaft lehnte das Amtsgericht Osnabrück zwar zunächst die Eröffnung des Hauptverfahrens ab, das Landgericht eröffnete jedoch.

Das Amtsgericht stützte sein Urteil auf das in den letzten 30 Jahren entwickelte Richterprivileg, insbesondere auf die Grundsätze des BGH-Urteils im Verfahren gegen Otto und Simon, in dem es hieß, die Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Richters nach § 336 StGB bilde »ein Teilstück in der Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit«. Folgerichtig prüft es nur noch, ob die Urteils- passage im Zusammenhang mit der richterlichen Tätigkeit stand, bejahte diese Frage und sprach den Richter frei.<sup>111</sup>

Die Staatsanwaltschaft ging in die Revision<sup>112</sup>, die sie kurz damit begründete, daß jeder Art von Richterprivileg »nach der Neufassung des § 336 StGB der Boden entzogen« sei. Das OLG Oldenburg<sup>113</sup> hob am 3. Dezember 1980 das freisprechende Urteil auf. Dabei ließ es nur scheinbar offen, ob die zitierte BGH-Entscheidung »durch die zwischenzeitliche Änderung des § 336 möglicherweise überholt ist«, denn es unterschied hinsichtlich der Sperrwirkung des § 336 StGB zwischen den »Auswirkungen« des Urteils und seinem Text. Möge die Sperrwirkung verhindern, daß der Richter wegen der Auswirkungen des Urteils (z. B. Freiheitsberaubung) zu belangen sei, auf den Wortlaut der Urteilsgründe erstreckte sich dieser Schutz jedoch nicht. Daß das Gericht in Wirklichkeit davon ausgeht, daß die Sperrwirkung (das Richterprivileg) nicht mehr gelte, offenbaren seine Ausführungen zur richterlichen Unabhängigkeit:

»Auch die strafrechtliche Verfolgung eines Richters . . . wird durch den Grundsatz der Unabhängigkeit nur in dem Umfange ausgeschlossen, in dem die Strafverfolgung selbst . . . die unabhängige Stellung des Richters ihrem Wesen nach antasten würde . . . Eine weitergehende Einschränkung wird durch den Unabhängigkeitssatz nicht gerechtfertigt«.

In der beanstandeten Urteils- passage sah das OLG zweifelsfrei eine »die Person des damaligen Angeklagten und seine politischen Auffassungen (!) unnötig herabsetzende Äußerung«, und es verwies die Sache sicherheitshalber nicht nach Osnabrück zurück, sondern an das Amtsgericht Oldenburg. Das verurteilte dann am 4. 6. 1981<sup>114</sup> auch prompt den Richter. Seinem Einwand, die richterliche Unabhängigkeit verbiete es, den Gang der richterlichen Überzeugungsbildung nachzuprüfen, begegnete das Gericht mit völligem Unverständnis: »Diese Einlassung vermag den Angeklagten nicht zu entlasten, vielmehr steht zur Überzeugung des Gerichts fest, daß der Angeklagte sich einer Beleidigung gemäß § 185 StGB schuldig gemacht hat«. Vom Richterprivileg kein Wort.

Auf die Berufung des verurteilten Richters hatte das Landgericht Oldenburg zu entscheiden<sup>115</sup>, auch diesem war das in Oldenburg einst so hochgehaltene Richterprivileg nicht mehr der Erwähnung wert. Auch die früher heiß umstrittenen Vor-satzfragen scheinen inzwischen geklärt: Zur Annahme vorsätzlichen Handelns genügt es dem LG Oldenburg bereits, daß der angeklagte Richter »den beanstandeten Satz wissentlich und willentlich diktiert« habe, »für einen etwaigen Tatsachen- oder Verbotsirrtum gibt der festgestellte Sachverhalt nichts her«. Entsprechend dem Auftrag des OLG, »die Auswirkungen des Grundsatzes der richterlichen Unabhän-

<sup>111</sup> Urt. v. 1. 7. 1980 – 17 Ds 12 Js 808/78 (78/79) –.

<sup>112</sup> Revisionsbegründung v. 19. 8. 1980.

<sup>113</sup> Urt. v. 3. 12. 1980 – Ss 553/80 –, in Auszügen abgedruckt in Nieders. Rechtspflege 1981, 88 f.

<sup>114</sup> – 22 Ds 12 Js 808/78 (70/81).

<sup>115</sup> Urt. v. 17. 9. 1981 – II. kl 102/81 –.

gigkeit zu prüfen«, wertete das Landgericht es noch als straferschwerend, »daß die Beleidigung nicht etwa durch eine gelegentliche Äußerung im Rahmen eines Gesprächs, sondern vielmehr durch ein Strafurteil und damit durch einen Hoheitsakt erfolgt« sei, und schließlich kam auch noch erschwerend hinzu, »daß sich Herr Wenzel (der seinerzeitige Angeklagte) immerhin lange Zeit darüber geärgert hat«.

## 2. Ein Gutachten: »Rechtsbeugung« durch Anwendung von Art. 5 GG

Nachdem ein Betriebsratsmitglied der Farbwerke Hoechst öffentlich (wie oft und in welchem Umfang blieb ungeklärt) die Immissionspraxis seiner Arbeitgeberin kritisiert hatte, kündigte diese ihm fristlos das Arbeitsverhältnis. Seiner Klage gegen diese Kündigung gab das Arbeitsgericht Frankfurt mit der Begründung, seine Kritik genieße den Schutz des Art. 5 GG, statt. Daraufhin gaben die Farbwerke Hoechst einem Frankfurter Strafrechtsprofessor den Auftrag zu prüfen, ob sich der vorsitzende Richter des ArbG einer Rechtsbeugung schuldig gemacht habe.<sup>116</sup>

Das über 50 Seiten starke Gutachten geht davon aus, daß nach »der Änderung des § 336 StGB durch das EGStGB« bedingter Vorsatz für eine Rechtsbeugungsbestrafung ausreiche, und zwar in der Form, daß das Faktum, daß man andernorts seine Rechtsauffassung nicht teile, »für möglich halten mußte und dies auch willensmäßig gebilligt«<sup>117</sup> habe; »im Gegensatz zur alten Fassung ist subjektiv weder sicheres Wissen um die falsche Rechtsanwendung bzw. die Nachteile für eine Partei noch gar eine entsprechende Motivation erforderlich«. Genügt dermaßen wenig zum Vorwurf der Rechtsbeugung, so ist schnell aus der Aufzählung angeblicher Rechtsfehler ein Verdacht konstruiert, und es bleibt einzig »die Alternative zwischen einem Falle ungewöhnlicher, wenngleich unvorsätzlicher Ignoranz und dolosem Handeln«.<sup>118</sup> Die »Vielzahl von Rechtsfehlern«, die das Gutachten anführt, erweist sich bei näherem Hinsehen als letztlich nur einer: »anfechtbar und den Verdacht falscher Rechtsanwendung erweckend (sei es), wenn sich das Gericht pauschal auf die Freiheit der Meinungsäußerung, d. h. auf Art. 5 GG« beziehe. Darin sieht es eine »bedenkliche, rechtlich nicht haltbare Einseitigkeit«.<sup>119</sup> Daß der Richter einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht folge, wird ihm zwar zugestanden, aber »daß die Kritik der Urteilsbegründung an der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts objektiv unvollständig und somit unrichtig belegt ist«, begründet für den Hoechst-Gutachter den Verdacht einer falschen Rechtsanwendung, denn es sei zumindest fraglich, »ob ein Instanzgericht seine Kritik am Höchstgericht (sic!) mit unvollständigen bzw. unrichtigen Behauptungen belegen darf«, und auch hier ist wieder »der Eindruck nicht von der Hand zu weisen, daß das Arbeitsgericht in dieser Rechtssache einseitig den Kläger mit einer zu weit gehenden Interpretation des Art. 5 II begünstigt« habe.<sup>120</sup>

Der Gutachter, der eingangs erklärt hatte, er habe nichts »gegen die Verwendung des Rechtsgutachtens im Zusammenhang mit einer Strafanzeige einzuwenden«, resümiert, man werde »bei der Vielzahl der für eine falsche Rechtsanwendung . . . sprechenden Punkte kaum davon ausgehen dürfen, daß einem Berufsrichter . . . insgesamt irrtümliches Verhalten (§ 16 StGB) zuzubilligen sein wird«. Er kann sich jedenfalls nicht vorstellen, daß man dem Richter »ein bedingt vorsätzliches Handeln nicht . . . sollte zur Last legen können«.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> S. Fn. 109.

<sup>117</sup> Gutachten S. 16, a. a. O., S. 136 (Fn. 109).

<sup>118</sup> A. a. O., S. 16 und S. 44, a. a. O., S. 136 und S. 144 (Fn. 109).

<sup>119</sup> S. 37, a. a. O., S. 157 (Fn. 109).

<sup>120</sup> S. 42, a. a. O., S. 163 (Fn. 109).

<sup>121</sup> S. 52, a. a. O., S. 173 (Fn. 109).

Die Rechtsbeugungsdiskussion der ersten drei Nachkriegsjahrzehnte war von Sorge um die richterliche Unabhängigkeit bestimmt. Das LG Hamburg<sup>122</sup> hatte schon 1948 »das Ende jeder unabhängigen Rechtspflege« für den Fall vorausgesehen, daß NS-Richter zur Rechenschaft gezogen würden, dann würde »das eintreten, was vermieden werden muß, daß nämlich jeder Richter bei seiner Entscheidung in Ungewißheit darüber bleibt, ob er für seinen Spruch zur Verantwortung gezogen wird«, der BGH<sup>123</sup> sah in erleichterter Richterbestrafung einen »unerträglichen Widerspruch zu dem Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit des Richters«, und das »Richterprivileg« war für ihn stets »ein Teilstück in der Sicherung der Unabhängigkeit des Richters«.<sup>124</sup>

Dagegen war es dem Obersten Gerichtshof der Britischen Zone<sup>125</sup> »völlig unhaltbar« erschienen, daß man eine aus der »Abhängigkeit von Nazi-Ideologie . . . geborene Unmenschlichkeit eines Richterspruches« unbestraft lasse, mit Unabhängigkeit der Justiz habe das nichts zu tun, denn das Richterprivileg »setzt einen Richter voraus, der die Freiheit zu gerechter Entscheidung hat«, und es kann »gar keine Rede davon sein, daß der Richter schon dann mit einer Bestrafung rechnen müsse, wenn er das Recht in irgendeiner Weise fahrlässig falsch anwendet und daß er dadurch in seiner Berufsausübung unsicher oder zurückhaltend werden könne«.<sup>126</sup>

In der Tat ist schwer einzusehen, warum die Unabhängigkeit unserer Richter dadurch gefährdet werden sollte, daß Terrorrichter des Dritten Reiches bestraft werden. Die Warner vor einem Abhängigwerden der Richterschaft bei erleichterter Richterbestrafung konnten doch nur die heute aktiven und künftigen Richter im Auge gehabt und sich um deren Unabhängigkeit gesorgt haben. Oder sollten sich die vielen in den letzten 30 Jahren geäußerten Sorgen lediglich auf pensionierte Richter beschränkt haben, die gerade vom NS-Regime abhängig gewesen waren und dessen Willen vollstreckten, aber während des Dritten Reiches nie mit einem Verfahren wegen Rechtsbeugung rechnen mußten. Daß deren Bestrafung die Unabhängigkeit heutiger Richter beeinträchtigen könne, hielt der OGH für absurd, denn schließlich liegt »für einen pflichttreuen Richter . . . diese Möglichkeit unter rechtsstaatlichen Verhältnissen in ungefährlicher Ferne«.<sup>127</sup> Vielleicht hätte man die Unabhängigkeit der heutigen Richter stärken können, wenn man die ohne Zweifel abhängige Nazi-Justiz, die der damals herrschenden Meinung (nicht etwa dem Gesetz) bis in alle Abgründe gefolgt ist, verurteilt und das Richterprivileg jenen vorbehalten hätte, die den Mut haben, im Einzelfall einmal von der herrschenden Meinung abzuweichen.

Richter aber, die angetreten sind, die konservative (und keineswegs immer gesetzes-treue) Tradition der deutschen Justiz zu durchbrechen, sind in Gefahr, wegen ihrer Entscheidungstätigkeit mit Rechtsbeugungsverfahren überzogen zu werden. Der § 336 StGB droht binnen kurzem von einem Privileg, das den Richter vor Bestrafung schützt, zum Disziplinierungsinstrument umgewandelt zu werden, das bislang noch vereinzelt, in Zukunft aber vielleicht verstärkt angewandt wird, denn »immerhin wird in letzter Zeit offen die Tendenz propagiert, der als zu lahm empfundenen Gesetzgebung durch progressive Rechtsauslegung nachzuhelfen«.<sup>128</sup>

122 Friedrich, S. 146 f.

123 BGH MDR 1952, 695.

124 BGHSt 10, 298.

125 OGHSt 1, 217 = Friedrich, S. 150.

126 Ebd.

127 Ebd.

128 Friedrich, S. 457.

Die Kurzsichtigkeit manch engagierter Kritik an der BGH-Rechtsprechung hat zu dieser Entwicklung auch noch den Vorwand geliefert. Offensichtlich ist es manchem ansonsten so engagierten Kämpfer für sozialwissenschaftliche Blickschärfung in der Rechtswissenschaft nicht aufgefallen, daß es nicht die Rechtsnorm war, die die Nachkriegsjustiz auf den Freispruch für den Freisler-Beisitzer festlegte, sondern die politische Rücksichtnahme auf den ganzen Stand. Wer die Volksgerichtshofsrichter verurteilte, hätte kaum die Vielzahl der Sonderrichter und die Masse der Kriegsrichter freisprechen können. Mit der Verurteilung eines VGH-Richters hätte man allzu leicht eine Lawine losgetreten, die auch Sonderrichter und Mitglieder von Standgerichten erfaßt und womöglich auch vor Mitgliedern des Reichsgerichts nicht hätte aufgehalten werden können. »Der Volksgerichtshofsrichter Rehse konnte nicht gemordet haben, sonst wäre die bundesdeutsche Justiz mit hunderten von Mördern errichtet worden.«<sup>129</sup> Die Rechtskonstruktionen, die man in Rechtsbeugungsverfahren entwickelte und verwarf, waren vielfältig, und Rehse hätte genauso freigesprochen werden können, wenn man für die Rechtsbeugungsverurteilung Eventualvorsatz hätte genügen lassen, wie eine Verurteilung mit direktem Vorsatz möglich gewesen wäre. Den Kritikern der Rechtskonstruktion war das offensichtlich ebensowenig klar wie die Tatsache, daß die Justiz von der Justiz ausgeübt wird, die in Rechtsbeugungsverfahren also stets in eigener Sache entscheidet.<sup>130</sup> Wer, nachdem der letzte NS-Richter ein Alter erreicht hat, in dem Verhandlungsfähigkeit die Ausnahme ist, auf Senkung der Strafbarkeitsschwelle der Rechtsbeugung drängt, nimmt zumindest billigend in Kauf, daß, nachdem die NS-Justiz endgültig unerledigt bleibt, der § 336 StGB nunmehr gegen diejenigen gewandt wird, die sich dem Korpsgeist, der zum Freispruch noch des letzten Terrorrichters geführt hat, verweigern.

<sup>129</sup> Ebd.

<sup>130</sup> Das allerdings hätte man schon bei Ludwig Bendix (*Die Rechtsbeugung im künftigen deutschen Strafrecht*, *Die Justiz* Bd. 2 (1926/27) S. 42 ff.) nachlesen können.