SSOAR

Open Access Repository
www.ssoar.info

Deutsch-Ungarisches Symposium 2018

Badó, Attila (Ed.)

Veröffentlichungsversion / Published Version
Konferenzband / conference proceedings

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:
Badó, A. (Hrsg.). (2018). *Deutsch-Ungarisches Symposium 2018* (Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, 5). Potsdam: Univ.-Verl. Potsdam. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-56640-7

Nutzungsbedingungen:
Dieser Text wird unter einer CC BY Lizenz (Namensnennung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de

Terms of use:
This document is made available under a CC BY Licence (Attribution). For more Information see:
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0

gesis
Leibniz-Institut
für Sozialwissenschaften

Mitglied der
Leibniz-Gemeinschaft

Universität Potsdam
Universitätsverlag Potsdam

Attila Badó (Hrsg.)

Deutsch-Ungarisches Symposium 2018

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis | 5

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis

ISSN (print) 2199-9686
ISSN (online) 2199-9694

Herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann
Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.)
OKR i. R. Dr. iur. utr. Joachim Gaertner†
Prof. Dr. iur. Wolfgang Mitsch
Prof. Dr. iur. Thorsten Ingo Schmidt

Band 5

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis | 5

Attila Badó (Hrsg.)

Deutsch-Ungarisches Symposium 2018

Universitätsverlag Potsdam

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de/ abrufbar.

Universitätsverlag Potsdam 2018
http://verlag.ub.uni-potsdam.de/

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam
Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292
E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Lizenzvertrag lizenziert:
Namensnennung 4.0 International
Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink: http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

Umschlagfoto: Karla Fritze, Universität Potsdam
Satz: text plus form, Dresden
Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISBN 978-3-86956-428-9

Zugleich online veröffentlicht
auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:
URN urn:nbn:de:kobv:517-opus4-407923
http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-407923

Inhaltsverzeichnis

Attila Badó
Vorwort des Herausgebers 7

Götz Schulze
Begrüßung durch den Dekan der Juristischen Fakultät
der Universität Potsdam 9

Oliver Günther
Grußwort des Präsidenten der Universität Potsdam 13

Markus Maisel
Grußwort 17

László Trócsányi
Demokratie, Identität und Rechtsstaat.
Die Europäische Integration und die Mitgliedstaaten 19

Detlev W. Belling
Die Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts 31

Vorwort des Herausgebers

Der Tagungsband gibt die Reden und wissenschaftlichen Vorträge wieder, die am 31. Januar 2018 im Deutsch-Ungarischen Symposium gehalten wurden. Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hatte dazu anlässlich der Verabschiedung in den Ruhestand von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.) eingeladen. Er wurde mit dem Mittelkreuz des Ungarischen Verdienstordens (a Magyar Érdemrend Lovagkeresztje) für die Stärkung der ungarisch-deutschen akademischen Beziehungen geehrt.

Die Juristischen Fakultäten der Universitäten Szeged und Potsdam können stolz auf die zurückliegenden Jahre blicken. Aufbauend auf den Ereignissen des annus mirabilis 1989 ist es den beiden Universitäten gelungen, eine fruchtbare Kooperation zu entwickeln und den wissenschaftlichen Gedankenaustausch zu pflegen. Beide Fakultäten verbindet die Deutsche Rechtsschule Szeged. Das Projekt besteht seit 1997. Deutsche Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer vor allem aus Potsdam lehren in Szeged die Denkweise und das Argumentieren in den grundlegenden deutschen Rechtsgebieten Zivilrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht: Weitere Experten der Partneruniversitäten vermitteln die Fachsprache und führen in die Übersetzungstechnik ein. Den erfolgreichen Absolventinnen/Absolventen wird der Grad Magister Legum (LL.M.) Szeged/Potsdam als Joint Degree verliehen.

Mit dem Tagungsband wird die Reihe der gemeinsamen Publikationen fortgesetzt: So war zuvor der Band „Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert = European perspectives on legal developments in the 21st Century", Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, Potsdam, 2014 erschienen.

Frau Grit Ansen und Frau Kim Gelewsky ist der reibungslose Ablauf des Symposiums zu verdanken. Sie haben ihre Aufgaben sorgfältig und vorausschauend erfüllt und so zum Gelingen beigetragen.

Szeged, 28. Februar 2018

Prof. Dr. Attila Badó
Juristische Fakultät der Universität Szeged

Begrüßung durch den Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam

Götz Schulze
Dekan der Juristischen Fakultät
Universität Potsdam

Sehr geehrter, lieber Herr Professor Belling,
sehr geehrte liebe Frau Belling, liebe Familie Belling,
Exzellenz, sehr geehrter Herr Minister Trócsányi,
Magnifizenz, sehr geehrter Professor Günther,
Spektabilität, sehr geehrter Professor Balogh,
Herr Präsident des Oberlandesgerichts Brandenburg,
sehr geehrter Herr Clavée,
Herr Präsident des Konsistoriums, sehr geehrter Herr Dr. Antoine,
Herr Landtagsabgeordneter, sehr geehrter Herr Stohn,
Honoratioren, Präsidenten,
liebe Angehörige und Freunde von Professor Belling,
verehrte Kolleginnen und Kollegen,
meine Damen und Herren,

im Namen der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam darf ich Sie anlässlich der Verabschiedung unseres verehrten Kollegen Detlev W. Belling zum Deutsch-Ungarischen Symposium sehr herzlich willkommen heißen.

Eine Veranstaltung dieser Art deutet auf gute alte Traditionen hin. Traditionen einmal, weil Sie, lieber Herr Belling, ihren aktiven Dienst mit einer akademischen Abschiedsvorlesung quittieren. Professoren beginnen und beenden ihre Laufbahn ex cathedra mit dem Wort! Und so wechseln Sie in den akademischen (Un-)Ruhestand, das Emeritum, und dies mit einem unsere Profession übersteigenden Referat zur Gnade im Recht. Wir sind sehr gespannt.

Traditionen folgt diese Veranstaltung aber auch im Hinblick auf die Widmung für unsere gemeinsamen Deutsch-Ungarischen Beziehungen,

die Sie, lieber Herr Belling, mit der Universität Szeged maßgeblich aufgebaut haben und die Sie leibhaftig personifizieren. Nennen möchte ich hier nur die Ehrendoktorwürde, die ihnen am 11.11.2011 – welch ein närrisches Datum – durch Magnifizenz Rektor Szabo dafür in Szeged/Ungarn verliehen wurde.

Die wissenschaftliche Kooperation, die sich bis zu einem gemeinsamen Studiengang, einem „joint degree", wie es in der Bologna-Welt heißt, entwickelt hat, ist Ihr Verdienst und zugleich Ausdruck der ausgezeichneten persönlichen wissenschaftlichen Zusammenarbeit unserer Fakultäten, ja auch unserer Länder. Sie haben als juristischer Pontifex über politische Spannungen hinweg Kooperationen gebaut und für ein freundschaftliches und partnerschaftliches Miteinander gesorgt. Das gilt nicht nur für Ungarn, sondern auch für unsere Kooperationen mit der Türkei und mit Moskau/Russland.

Das deutsch-ungarische Kooperationsprojekt wird auch nach Ihrem Ausscheiden seine Fortsetzung finden. Frau Kollegin Assmann ist von Ihnen frühzeitig in die Spur geschickt worden und auch ich breche in 2 Wochen nach Szeged für einen Kurs zur Privatrechtsvergleichung auf.

Heute erwarten uns hochaktuelle Rechtsfragen zu Rechtsstaat und Demokratie, die Sie, sehr verehrter Herr Minister Trócsányi, uns vortragen werden. Mit Freude nehmen wir zur Kenntnis, dass die deutsch-ungarischen Beziehungen in ihrer Verzahnung von Recht mit der partizipatorischen Teilhabe aller an der Herrschaft zur Sprache kommen. Liegen uns diese Aspekte doch beide sehr am Herzen. Sie sind als Professor für Verfassungsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Szeged ein hochgeschätzter Kollege unserer ungarischen Partnerfakultät und heute als Vertreter der Justiz Ihres Landes zu uns gekommen, was uns ehrt und freut.

Nun, lieber Herr Belling, haben Sie mir untersagt, eine Lobrede auf Sie zu halten. Daher darf ich Ihnen, meine Damen und Herren, nicht sagen, dass Kollege Belling Gründungsprofessor dieser Fakultät ist, trotz mehrerer ehrenvoller Rufe unserer Fakultät 26 Jahre lang die Treue hielt, dem doppelköpfigen Adler Brandenburgs zahlreiche wissenschaftliche Beute eingetragen hat, aber auch hie und da mal einen Hasen aus dem Innenhof oder gar aus dem Boulevard vorlegte.

Sie, lieber Herr Belling, können auch auf Ihre zahlreichen Schüler und Doktoranden stolz sein, die heute unter uns sind, ich nenne da etwa – stellvertretend für die Vielen – Herrn Richter am Bundesgerichtshof Dr. Falk Bernau oder Frau Dr. Carolin Laue, die Erste deutsch-russische Doktora, Herrn Kollegen Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück, Herrn

Notar Dr. Meyer und andere mehr. Sie gründeten überdies das Evangelische Kirchenrechtsinstitut (EIKR), leiteten es und leisteten damit einen wertvollen Beitrag zur Verständigung und zum juristischen Austausch in Kirchenrechtsfragen. Sie vertraten das Institut stets „sub conditione Jacobi". Jakobus war uns und Ihnen gnädig, und er möge es sehr lange noch bleiben.

Sie merken, dass ich der Versuchung einer Lobrede kaum entraten kann. Daher will ich nun statt Worten Taten folgen lassen: Im Namen meiner Kolleginnen und Kollegen spreche ich Ihnen unseren herzlichen Dank für die jahrelange gute, kollegiale und vertrauensvolle Zusammenarbeit aus. Sie geben uns heute einen Grund zu feiern. Daher wollen auch wir Ihnen etwas zum Feiern überreichen, das Sie nicht nur mit Ihrer Frau genießen können. Daneben noch einen Gutschein, von allen Kolleginnen und Kollegen, für eine Zeit der Erholung auch mit Ihrer Gemahlin in Gut Klostermühle. Und sobald Sie sich erholt haben, von den Feierlichkeiten und von dem Trubel des Abschieds, rufen wir Ihnen für den neuen Lebensabschnitt zu: „Greifen Sie einfach wieder an!"

Vielen Dank

Grußwort des Präsidenten der Universität Potsdam

Oliver Günther
Präsident
Universität Potsdam

Sehr geehrter Herr Kollege Belling, sehr geehrter Herr Minister Trócsányi, sehr geehrte Damen und Herren, im Namen der Universitätsleitung darf ich Sie, lieber Herr Belling, in den Ruhestand verabschieden.

Damit verbunden ist neben vielen guten Wünschen für die Sie jetzt erwartende Zeit ein herzlicher Dank für Ihre Verdienste am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, dessen Inhaber Sie von 1991 bis jetzt – d.h. 27 Jahre lang – waren, sowie für Ihr Engagement in der akademischen Selbstverwaltung.

Bevor ich auf Ihre außerordentlichen Verdienste eingehen werde, möchte ich nun kurz Ihren Werdegang skizzieren:

In Berlin geboren, Abitur an der Lilienthal-Oberschule in Berlin-Steglitz, Studium der Rechtswissenschaften an der FU und an der University of Illinois USA, Promotion im Jahre 1984 zum Thema „Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht" an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (Doktorvater: em. o. Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (mult.) Wilfried Schlüter, er ist heute auch anwesend), Habilitation im Jahre 1989 zum Thema „Die Haftung des Betriebsrats gegenüber den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber", ebenfalls an der Uni Münster, Ernennung zum Universitätsprofessor im Jahre 1990 am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Seit 1991 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Potsdam. Ihr wissenschaftliches Werk umfasst deutsch- und fremdsprachige Arbeiten aus dem Verfassungsrecht, dem Bürgerlichen Recht, dem Gesellschaftsrecht sowie aus dem Individual- und Kollektivarbeitsrecht; ein Schwerpunkt liegt im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts.

Vom 01.10.1999 bis 30.09.2000 haben Sie das Amt des Dekans der Juristischen Fakultät ausgeübt. Sie waren ein Glücksfall für die Juristische

Fakultät, nicht nur in der Zeit, als Sie das Amt des Dekans ausübten, sondern auch und insbesondere für die Studierenden.

Bei uns haben Sie in mehr als 25 Jahren nicht nur Generationen von Studierenden geprägt – Sie waren stets sehr beliebt bei den Studierenden –, sondern waren auch außerordentlich engagiert. Ihr großes Engagement reichte über die Universität, die Wissenschaft und die Forschung hinaus.

Auf drei Verdienste möchte ich ganz besonders verweisen:

1. Herr Kollege Schulze hat es bereits gesagt, dennoch möchte auch ich dies betonen: Sie sind neben Ihrer Tätigkeit als Universitätsprofessor auch Direktor des Evangelischen Instituts für Kirchenrecht e.V. an der Universität Potsdam. In der Evangelischen Kirche und ihrer Diakonie engagierten Sie sich ehrenamtlich: Im Landesausschuss für Innere Mission a.V. (LAFIM) übten Sie das Amt des Vorsitzenden des Kuratoriums aus, in der LAFIM – Landesausschuss für Innere Mission – Dienste für Menschen gemeinnützige AG das Amt des Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Als Zeichen des Danks für die ehrenamtliche Mitarbeit im Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz wurde Ihnen am 12.10.2015 das Kronenkreuz in Gold verliehen.

2. Im Bereich Internationalisierung haben Sie Außergewöhnliches geleistet:
2.1 Russland: Sie förderten die Partnerschaften zwischen der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität und der Universität Potsdam. Vor einem Monat, Anfang Dezember 2017, waren wir noch zusammen bei der 5. Woche des Deutschen Rechts in Moskau.
2.2 Serbien: Sie förderten die Partnerschaften der Universität Novi Sad (Serbien) und der Universität Potsdam.
2.3 Türkei: Dem Schiedsgerichtshof der Deutsch-Türkischen Industrie- und Handelskammer (AHK) gehören Sie als Vizepräsident an.

3. Wie Herr Kollege Schulze bereits hervorgehoben hat, haben Sie sich in den Deutsch-Ungarischen Beziehungen maßgeblich verdient gemacht: Sie koordinierten den Studiengang „Deutsches Recht: Die Deutsche Rechtsschule mit Ausbildung zum Fachübersetzer“ der Universitäten Szeged (Ungarn) und Potsdam. Die Universität Szeged verlieh Ihnen im Jahr 2011 die Ehrenpromotion (doctor honoris causa). Das Ritterkreuz des Ungarischen Verdienstordens (a Magyar Érdemrend Lovagkeresztje)

wurde Ihnen im Jahr 2014 verliehen. Insofern ist es sehr, sehr passend, dass heute hier dieses Deutsch-Ungarische Symposium stattfindet.

In vielen Ländern, darunter auch einige, mit denen wir gut zusammenarbeiten, sind die freie Forschung und Lehre in Gefahr, es herrschen finstere Zeiten: Gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse werden ohne Not in Frage gestellt, die Meinungsfreiheit ist eingeschränkt bis abgeschafft, es werden von Regierungsseite Lügen verbreitet, es werden wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse negiert. Wir Wissenschaftler sind zuallererst dazu aufgerufen, gegen solche Entwicklungen vorzugehen. „Science, not silence", lautet eine Forderung vieler Wissenschaftler, die sich gegen den weltweiten Populismus stark machen. Weil es in diesen schwierigen Zeiten wichtig ist, die Fahne der Aufklärung und der freien Wissenschaft immer wieder hochzuhalten.

Wir residieren auf dem Campus Am Neuen Palais und damit in Gebäuden, die im Geiste der Aufklärung errichtet und genutzt wurden. Friedrich II. hat sich um die Ideale der Aufklärung verdient gemacht, Voltaire ging dort spazieren. Wir als junge Hochschule fühlen uns diesen Idealen verpflichtet und wir wollen uns dafür engagieren.

Meine Damen und Herren, wir leben in Deutschland in einer freien Demokratie, in der die Bürgerinnen und Bürger durch ihr Wahlrecht bestimmen, was in diesem Land passiert. Wir Wissenschaftler haben deshalb auch die Aufgabe, unsere Erkenntnisse in die Breite zu kommunizieren, damit sie in der gesamten Bevölkerung ankommen. Um nur ein Beispiel herauszugreifen: Wir können gar nicht oft genug deutlich machen, dass Erderwärmung und Klimawandel Realität sind und wir alle aktiv gegensteuern müssen.

Der wichtigste Ort für eine derartige Kommunikation in die Gesellschaft hinein ist natürlich der Hörsaal. Im Englischen gibt es den schönen Aufruf „Question Authority!". Das bedeutet: Gedruckte Wahrheiten nicht unreflektiert akzeptieren, sondern sie auf der Grundlage der wissenschaftlichen Ausbildung hinterfragen. Wir wollen unsere Studierenden zu kritisch denkenden Menschen ausbilden, die ihr Leben lang vermeintliche Wahrheiten hinterfragen. So wirken wir mit unseren 20 000 Studierenden schon einmal in die Breite. 5 000 von ihnen sind übrigens Lehramtsstudierende, die als Multiplikatoren ihre Arbeit im Klassenzimmer tun werden.

Zur gesellschaftlichen Kommunikation gehört aber insbesondere auch die Kommunikation mit Andersdenkenden. Es bringt ja nichts, nur mit denen zu reden, mit denen man sich im Grundsatz einig ist.

Deshalb wende ich mich auch ganz dezidiert gegen die Ausgrenzung anders orientierter gesellschaftlicher Gruppen, solange sie nicht als verfassungsfeindlich gelten. Ich erinnere mich noch gut an die 90er-Jahre, als die LINKE bzw. damals noch die PDS erstmals in Parlamente gewählt wurde und konservative Gruppen zum Kommunikationsboykott aufriefen. Ich fand dies grundfalsch, und zwar nicht in Bezug auf die konkret vertretenen politischen Positionen, sondern aus grundsätzlichen Erwägungen heraus. Dieser Tage richten sich ähnlich reflexhafte Handlungen gegen die AfD. Ich verrate kein Geheimnis, wenn ich hier bekenne, dass ich mit den von der AfD vertretenen politischen Positionen nichts, aber auch gar nichts gemein habe.

Gleichwohl scheint es mir wichtig, gerade auf einem akademischen Campus allen das Recht auf Präsenz und auf freie Rede einzuräumen. Auch denen, denen man nur ungern zuhört. Wie sagte Rosa Luxemburg so treffend: „Freiheit ist immer Freiheit der Andersdenkenden." Spätestens seit meinen Studienjahren in Berkeley bin ich davon überzeugt, dass uns nicht nur in der Wissenschaft der kontroverse Dialog mit Andersdenkenden voranbringt. Gerade auf einem akademischen Campus muss deshalb jeder und jede sagen können, was er oder sie denkt, solange man sich auf dem Boden der Verfassung bewegt. Und zwar ohne niedergeschrien zu werden. Lassen Sie uns gemeinsam daran arbeiten, dass ein solch freier Diskurs auch weiterhin möglich ist, gerade auch – aber beileibe nicht nur – auf den akademischen Campi dieser Welt.

Insofern begrüße ich es, dass wir heute sowohl einen Vortrag zu „Streitigkeiten über Rechtsstaat und Demokratie" des Justizministers von Ungarn als auch einen Vortrag zum Thema „Über die Gnade im Recht" von Prof. Belling hören werden. Ich bin sehr gespannt.

Für Ihr großes Engagement, lieber Herr Prof. Belling, in den eben genannten Bereichen danke ich von ganzem Herzen. Wir wissen, dass Sie der Universität Potsdam weiterhin verbunden bleiben werden. Doch genießen Sie auch die freie Zeit, die Ihnen bevorsteht! Wir wünschen Ihnen dafür vor allem Gesundheit und alles Gute. Nun möchte ich Ihnen als Dank noch dieses Geschenk (Manschettenknöpfe der Universität Potsdam) überreichen.

Grußwort

Markus Maisel
Fachschaftsrat Jura
Universität Potsdam

Sehr geehrter Herr Präsident,
Sehr geehrter Herr Dekan,
Sehr geehrter Herr Minister,
Sehr geehrte, liebe Familie Belling,
Sehr geehrte Damen und Herren,
Sehr geehrter, lieber Prof. Belling,

auch im Namen der Studierendenschaft der Juristischen Fakultät möchte ich Sie gebührend verabschieden.

Seit nun 27 Jahren sind Sie nicht nur Lehrkörper und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, sondern gerade für die Studierendenschaft ein Teil der Juristischen Fakultät, ein Teil der Universität Potsdam.

Studierende aller Jahrgänge schätzten Sie gleichermaßen und das hatte nicht unerhebliche Gründe.

Die Assoziation der von Ihnen gelebten Strenge, mit der Ode an die Wahrung der Vernunft, des Anstandes und des Respekts, der jungen Studierenden und der wohlwollenden Förderung, zeichnet Sie ganz persönlich aus. Mit zunehmender Zeit lernte man – als Student – die Strenge jedoch schätzen und entdeckte in ihr den großen Willen zu Gutem. Sie standen jedem Studenten, unabhängig seiner sozialen Herkunft, seines Intellektes, mit Rat und Tat zur Seite.

Sie ermutigten einen jeden nicht aufzugeben, „Bis zur dritten Instanz" sollte man kämpfen, die Chancen und Möglichkeiten der Alma Mater nutzen.

Gerade die juristische Fallbearbeitung in der Vorlesung, welche Sie stets praktizierten, schulte nicht nur den juristischen Verstand, sondern auch im Großen das Allgemeinwissen.

So lehrten Sie als der, der Sie sind.

Ich wünsche Ihnen im Namen der Studierendenschaft für die Zukunft viel Freude, Vielfalt und auch Gesundheit in dem neuen, so weiten Lebensabschnitt.

Wir werden Sie vermissen, Sie jedoch nicht vergessen.

Frei nach Fontane wollen wir so dichten:

Professor Belling war unser Steuermann,
aushielt er bis er den Ruhestand gewann.
Er hat uns gebildet, er trägt die Kron'
er kämpfte für uns, unsere Gunst sein Lohn.
Professor Belling.

Demokratie, Identität und Rechtsstaat

Die Europäische Integration und die Mitgliedstaaten

László Trócsányi
Minister der Justiz
Ungarn

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrter Herr Dekan, sehr geehrter Herr Professor Belling, verehrte Kolleginnen und Kollegen!

In den letzten zehn Jahren habe ich neben meiner Universitätsprofessur auch Aufgaben im öffentlichen Leben übernommen. Mehr als drei Jahre lang war ich Verfassungsrichter, vier Jahre lang war ich Ungarns Botschafter in Paris, heute bin ich als Justizminister tätig. Diese Einblicke in juristische und politische Bereiche haben es mir ermöglicht, den europäischen und den nationalen Politikbetrieb und das Verhältnis zwischen Politik und Recht aus nächster Nähe zu beobachten. Es war gut, aus nächster Nähe zu erfahren, welche Diskussionen in Europa geführt werden, wie wir über Werte und Institutionen denken. Es ist mir auch klar geworden, dass man über denselben Gegenstand legitimerweise auch verschiedene Sichtweisen vertreten kann.

Es ist eine besondere Freude für mich, Ihnen meine Gedanken aus einem besonderen Anlass mitteilen zu dürfen, nämlich anlässlich der Feier, bei der wir heute Herrn Professor Detlev Belling für seine jahrzehntelange herausragende Tätigkeit danken. Herr Professor Belling ist ein international anerkannter Rechtswissenschaftler, durch seine wissenschaftliche Tätigkeit in Ungarn, in Szeged zählen wir auch zu dem Kreis derjenigen, die ihm zu Dank verpflichtet sind. Meine Kollegen und Freunde Professor Elemér Balogh und Professor Attila Badó könnten viel darüber erzählen, welche großen Verdienste er sich bei der Etablierung der Deutschen Rechtsschule an der Universität Szeged erworben hat.

Sehr geehrte Damen und Herren!

In meinem kurzen Vortrag würde ich auf drei Fragestellungen eingehen. Zuerst möchte ich darlegen, wie die Bürger Europas heute über Demokratie denken. Danach würde ich die Frage der Verfassungsidentität im europäischen Kontext erörtern. Zum Schluss würde ich mich kurz mit dem Thema Rechtsstaatlichkeit auseinandersetzen.

Das Prinzip der Volkssouveränität ist in den meisten nationalen Verfassungen verankert. Nach dem klassischen Prinzip geht die Staatsgewalt vom Volk aus, die nationalen Parlamente und Regierungen, in derer Hand sich die politische Macht konzentrieren muss, werden in freien Wahlen gewählt. Es stellt sich nun die Frage, welches Bild sich zu diesem Thema im 21. Jahrhundert abzeichnet? Können die Bürger eines gegebenen Landes tatsächlich davon ausgehen, dass die Volkssouveränität in der Praxis verwirklicht wird? Entsteht nicht eher der Eindruck, dass die Hände der nationalen Parlamente und der Regierungen infolge äußerer Umstände derart gebunden sind, dass dadurch ein freies Handeln nicht mehr möglich ist? Welchen Handlungsspielraum haben heute die vom Volk gewählten Institutionen? In welchen Grenzen kann sich ein Nationalstaat innerhalb der Europäischen Union bewegen? In welchem Verhältnis stehen die Gesellschaft, das Land selbst und dessen Staatsgewalt bzw. sein Rechtssystem zueinander? Vor einigen Jahrzehnten, im Jahre 1963 konnte de Gaulle noch zu seinem Justizminister sagen: „An allererster Stelle steht Frankreich, gefolgt von dem Staat, und am Schluss in dem Maße, wie dies unter Wahrung der Interessen der ersten beiden möglich ist, steht das Recht." („Il y a d'abord la France, il y a ensuite l'Etat et enfin, dans la mesure ou il est possible de préserver les interets majeurs des deux premiers, il y a le droit").

Seit de Gaulle hat sich Europa stark verändert, die Gedanken des Generals sind heute schwer zu interpretieren. Auf welche Kritik aus Europa würde ein führender Politiker aus Ungarn heute wohl stoßen, der erklären würde, dass Ungarns Interessen für ihn an allererster Stelle stehen? Im politisch korrekten Diskurs muss man sich heute mit Europa, den europäischen Werten und der europäischen Solidarität auseinandersetzen, eine Thematisierung von Interessen der einzelnen Mitgliedstaaten könnte unter Umständen sogar als Egoismus angesehen werden. Wie stark kann eine nationale Politik, die auf die Situation des eigenen Landes Rücksicht nimmt, in den Vordergrund treten, wenn wir in einem von globalisierten und europäischen Gesamtinteressen geprägten System leben?

Auch ich bin ein erklärter Anhänger des europäischen Einheitsgedankens, wir können heute trotzdem beobachten, dass sich zwischen den europäischen Institutionen und den Institutionen der Mitgliedstaaten bzw. zwischen den europäischen Institutionen und der Bevölkerung ein Abgrund auftut. Der Akzent liegt nicht auf der Zusammenarbeit, sondern auf dem Konflikt, der sich vor allem um die Frage dreht, wer wen dominieren kann. Daraus ergibt sich die Frage, wer die Europäische Union lenkt? Das ist heute nicht klar für die Bürger Europas. Wo und bei wem liegt die tatsächliche Macht? Wo befindet sich die europäische Leitungszentrale? Diese konfuse Situation kann zu einer Entfremdung der Bürger in Europa führen, die immer gleichgültiger werden, weil sie das Gefühl haben, keinen Einfluss mehr auf die Geschehnisse zu haben. Sie beobachten die Entstehung eines europäischen Reiches, wo in dem komplizierten System der Netzwerke von Institutionen und Agenturen die Entscheidungsfindung kaum noch transparent ist, und wo die Entscheidungen von einer Elite im engen Kreis und ohne entsprechende Legitimation vorbereitet und zur Entscheidung gebracht werden, und zwar auf eine Art und Weise, die ebenfalls nur für wenige transparent ist. Oft ist es selbst den nationalen Parlamenten und den Regierungen nicht mehr klar, welchen Handlungsspielraum sie selbst in einer bestimmten Frage noch haben. Dadurch wird die in der Verfassung verankerte Volkssouveränität für viele zu einer Fiktion. Ich bin mir sicher, dass bei dem Brexit-Referendum in Großbritannien viele für den Austritt aus der Europäischen Union gestimmt haben, weil sie deren Spielregeln für intransparent hielten, und sich in eine transparentere Welt zurücksehnten. Ob diese Wähler Recht hatten, werden wir erst später erfahren.

Wir wissen jedoch, dass Europa heute an einem Scheideweg steht: wollen wir durch eine fortwährende Übertragung oder Aushöhlung von nationalen Zuständigkeiten den Einigungsprozess hin zu einer europäischen Föderation weiter vorantreiben, oder – eher dem Subsidiaritätsprinzip folgend – ein Europa auf der Grundlage der Zusammenarbeit der Nationalstaaten aufbauen? Es sind viele Pläne darüber bekannt geworden, wie es mit der Europäischen Union weitergehen könnte, und diese Pläne sind einander manchmal diametral entgegengesetzt. Als Bürger Ungarns und Europas plädiere ich für eine Europäische Union, die auf der Kooperation gleichberechtigter Mitgliedstaaten aufbaut. Jedes Land hat seine eigene Geschichte, Identität, Sprache, Religion und Kultur; die geographischen Gegebenheiten bestimmen die nationalen Interessen. Europa wurde und wird stark durch diese Diversität und durch die Achtung dieser Diversität. Durch eine europäische Gemeinschaft auf

der Grundlage von Verträgen und der Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten ist die demokratische Machtausübung besser gesichert als durch eine Zentralisierung. In der globalisierten Weltordnung erfährt die Frage der Identität eine Aufwertung, zwischen den Befürwortern des Universalismus und denjenigen, die um die Selbständigkeit der Mitgliedstaaten bangen und ihre nationale Identität bewahren möchten, entsteht ein Spannungsfeld. Ich möchte mich in meinem Vortrag nicht mit Themen der aktuellen Politik auseinandersetzen, ich kann jedoch nicht umhin, ein paar Worte zu einem Problem zu verlieren, das die Spaltung des Kontinents gut widerspiegelt. Die Migration und die Flüchtlingskrise stellten die Länder Europas vor neue Herausforderungen. Zum Thema Migration gibt es drei verschiedene Sichtweisen. Manche vertreten die Ansicht, dass Migration etwas Gutes und Wünschenswertes ist, weil wir die Probleme unseres alternden Kontinents dadurch lösen können. Sie sind die bedingungslosen Anhänger des Universalismus, und sie sind der Meinung, dass die Rahmenbedingungen von Nationalstaaten veraltet sind und das Ziel der Aufbau eines neuen multikulturellen europäischen Kontinents sein sollte. Andere hingegen vertreten den Standpunkt, dass die Migration nicht unbedingt gut ist, man aber mit ihr zusammenleben, ihr mit administrativen Mitteln begegnen müsse; dazu dient die von der Europäischen Union befürwortete Quotenregelung. Und zum Schluss gibt es Länder, die die Migration nicht für wünschenswert halten und die Einwanderungspolitik in nationaler Zuständigkeit verorten. Wer dabei Recht behält, wird sich nur langfristig zeigen, deshalb möchte ich mich hier mit dieser Frage auch nicht weiter befassen. Ich wollte nur darauf hinweisen, dass die Standpunkte selbst in Grundfragen weit voneinander entfernt liegen. Abweichende Meinungen zu einem Thema bedeuten jedoch nicht, dass die Mitgliedstaaten, die diese Meinungen vertreten, nicht erklärte Befürworter der Europäischen Integration wären. Ich denke hier insbesondere an die Visegrád-Staaten. In der Diskussion geht es hier und jetzt irgendwo um die Identität, also um die Frage: Sollten wir aufgeben, woher wir kamen und wer wir sind, oder sollten wir lieber auf unseren Wertvorstellungen beharren.

Diesen Konflikt können wir uns auch mit einem Vergleich aus einem Film vor Augen führen. Die Auszeichnung des Films „Sauls Sohn“ als „Bester fremdsprachiger Film 2016“ war nicht der erste ungarische Erfolg: Der Film Mephisto von Regisseur István Szabó wurde bereits 1982 mit dem gleichen Preis ausgezeichnet. Auch ein anderer Film von István Szabó, „Oberst Redl“, wurde für den Oscar nominiert. Der Film handelt von Alfred Redl, dem Sohn einer ruthenischen Eisenbahnerfamilie,

der in der Österreichisch-Ungarischen Monarchie unmittelbar vor dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges zum Chef des Nachrichtendienstes avanciert. Der Film zeigt, wie er seine Familie, seine Freunde und zum Schluss sich selbst verleugnet, um seine ruthenische Identität hinter sich zu lassen und sich nur dem Kaiser zu unterwerfen, wobei er auch sein selbständiges Urteilsvermögen zur Gänze einbüßt. In einer der wichtigsten Szenen des Films hört man aus dem Mund des tschechischen Soldaten, der einige Minuten später in einem Duell ums Leben kommt, die verzweifelten Worte: „Ich ertrage dieses Doppelleben nicht mehr". Durch dieses Bekenntnis wird das schwerfällige Verhältnis der Monarchie zu ihren Völkern deutlich, und es wird klar, dass die Identitätsfrage in Wirklichkeit auch in ganz anderen historischen Epochen eine bedeutende Rolle gespielt und, wenn man so will, die Geschichte geprägt hat.

Wie man sieht, ist es für viele auch heute noch eine grundlegende Frage, in welchem Verhältnis die Mitgliedstaaten und die Europäische Union zueinander stehen. Dieses Verhältnis kann aus politischer und juristischer Perspektive in vielerlei Hinsicht untersucht werden. Als Jurist interessiere ich mich vor allem dafür, ob es juristische Anhaltspunkte gibt, die wir uns zu Hilfe nehmen können, wenn wir das Beziehungsgeflecht zwischen einem Mitgliedstaat und der Europäischen Union beleuchten.

Die Existenz der Europäischen Union stellt eine interessante Frage dar. In der Fachliteratur wurde dieser Frage in den letzten Jahren – insbesondere seit dem gescheiterten Verfassungsvertrag, bzw. nach der Wirtschaftskrise – immer mehr Aufmerksamkeit gewidmet. Joseph Weiler gab vor einigen Jahren, also noch in Vorahnung des Brexit, seinem Editorial in einer renommierten europäischen Fachzeitschrift (EJIL) in edler Einfachheit den Titel: „Integration Through Fear", also Integration durch Angst, angstmotivierte Integration. Dies sagt viel darüber aus, warum die engagiertesten europäischen Juristen – besonders in den letzten Jahren – die Frage erforschen und analysieren, worin der Daseinszweck, die raison d'être der Europäischen Union besteht. Gráienne de Burca – dem nicht einmal die Mutigsten Euroskeptizismus vorwerfen können – hat in seinem Werk „Europe's raison d'être" gerade geschrieben, dass die Europäische Union keine umfassende demokratische Verfahrensordnung, keine starke kollektive Identität und keine politische Einheit entwickelt hat. In ihrem jetzigen Zustand ist sie weit davon entfernt, ihre Legitimität in erster Linie aus herkömmlichen Vorgängen ableiten zu können, die den Verfassungsdemokratien eigen sind. Wie wir später noch betonen werden, und wie dies auch von vielen, unter anderem von de Burca, festgestellt wird, setzt sich die Europäische Union auch nach über sechs Jahrzehnten

ihres Bestehens nur aus selbständigen Staaten zusammen, die über verschiedene Identitäten, Geschichten und Sprachen verfügen.

Aber woraus setzt sich die Identität von Staaten genau zusammen? Mich beschäftigt diese Frage seit Längerem, insbesondere der Begriff der Verfassungsidentität, deshalb spreche ich heute nicht nur als Justizminister von Ungarn, sondern auch als Universitätsprofessor zu Ihnen. Die Frage der Verfassungsidentität ist nur im Kontext der europäischen Integration von Relevanz, es geht dabei vornehmlich um die Frage, ob ein Land über eine eigene wertebasierte Identität verfügt, die es für heilig und unantastbar hält. Wenn ein Land so etwas hat, so heißt es nicht, dass diese Eigenschaft des jeweiligen Landes mit der Zugehörigkeit zur Europäischen Union, um nicht zu sagen mit der Zugehörigkeit zu Europa im Widerspruch steht. Wenn sich beispielsweise die Visegrád-Staaten bei ihren Stellungnahmen hierauf beziehen, so stellt dies ihr Engagement für die europäische Integration keineswegs in Frage. Wenn von Verfassungsidentität die Rede ist, ist es durchaus zweckmäßig, die Schlussanträge des Generalanwalts Maduro in der Rechtssache Michaniki in Erinnerung zu rufen. Nach Ansicht von Maduro verschwimmen die Begriffe der nationalen Identität und der verfassungsmäßigen Identität ineinander. Er schreibt: „Die Europäische Union ist verpflichtet, die verfassungsmäßige Identität der Mitgliedstaaten zu respektieren."

Dies dient „dem politischen Fortbestehen der Staaten", doch die Achtung der verfassungsmäßigen Identität kann nicht als absolute Anerkennung sämtlicher nationaler Verfassungsregeln angesehen werden.

Bei genauerem Hinsehen ist die Art und Weise, wie sich das Recht der Europäischen Union und die Identität der einzelnen Mitgliedstaaten ausdrückt, eine auf den ersten Blick simple, in Wirklichkeit jedoch umso komplexere Frage. Dieser Gegensatz konnte durch den Vertrag von Lissabon, den Ungarn übrigens als Erstes ratifiziert hat, auch nicht aufgelöst werden. In Wirklichkeit stößt auch schon der Vorrang des Unionsrechts – im Sinne der verfassungsmäßigen Tradition der Mitgliedstaaten – wegen der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten an seine Grenzen, gleichzeitig wirft die praktische Umsetzung der geltenden Rechtsvorschriften – Artikel 4 Absatz (2) des Vertrages über die Europäische Union und Artikel 53 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – verschiedene Fragen auf.

Ich verrate hier kein großes Geheimnis, wenn ich Ihnen sage, dass das Wesen des Unionsrechts in seinem Vorrang und in seiner unmittelbaren Wirkung liegt. Der Europäische Gerichtshof hat zu den Anfängen der europäischen Integration (construction) in der Rechtssache Costa ge-

gen E.N.E.L. den Vorrang des Unionsrechts vor allem nationalen Recht postuliert, dieser Vorrangstellung „können keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen".

Die der in der Rechtssache Costa gegen E.N.E.L. angewandte Formel hat der Gerichtshof 1970 in der Rechtssache der Internationalen Handelsgesellschaft bestätigt und genauer formuliert: Der Vorrang kommt auch gegenüber den nationalen Verfassungen zur Geltung: „nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der die Unionsrechtsordnung wesentlich prägt, kann die Geltung des Unionsrechts in einem Mitgliedstaat nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass dieser Staat Vorschriften des nationalen Rechts, und haben sie auch Verfassungsrang, geltend macht". Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalen Rechtsvorschriften mit Verfassungsrang wurde vom Gerichtshof jüngst auch in einer anderen relevanten Rechtssache, nämlich 2013 in der Rechtssache Melloni bestätigt.

Der Vorrang des Unionsrechts macht sich auch am Rande der Verträge bemerkbar. Auch die dem Vertrag von Lissabon beigefügte Erklärung Nr. 17 weist auf die Existenz dieses Grundsatzes hin: „die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht haben im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten".

Wir müssen nichtsdestotrotz feststellen, dass die Mitgliedstaaten den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts – trotz der ständigen Rechtsprechung – nicht in den Verträgen verankern wollten. Es wäre unzweckmäßig, diese Zurückhaltung zu unterschätzen. Die fehlende Kodifizierung des Vorranges des Unionsrechts in den Verträgen zeigt den Willen der Mitgliedstaaten, diesem Grundsatz nicht die Wirkung eines Vertrages verleihen zu wollen. Der Hinweis auf diese Lücke ist umso interessanter, als die sonstigen, grundsätzlichen Beschlüsse des Gerichtshofes bekanntermaßen in irgendeiner Weise in den Verträgen kodifiziert wurden.

Die Begründung des Vorrangs des Unionsrechts durch die Rechtsprechung ist bei einigen Verfassungsgerichten auf Widerstand gestoßen, oder man könnte auch sagen, dass sie mit verhaltener Skepsis aufgenommen wurde.

Der Verfassungsrat in Frankreich hat in seinen Beschlüssen 2004 und 2007 klargestellt, dass dieser Vorrang vor der Verfassung der Französischen Republik nicht gilt und die Verfassung nach wie vor an der Spitze der innerstaatlichen Rechtordnung anzusiedeln ist. Nach einem Beschluss aus dem Jahre 2006 ist der Verfassungsrat in Frankreich auch weiterhin

berechtigt, jeden Rechtsetzungsakt zu überstimmen, der den genauen und unbedingten Bestimmungen einer Richtlinie „offensichtlich" entgegensteht, die durch den jeweiligen Rechtsetzungsakt in nationales Recht umgesetzt wird. Gleiches gilt auch in Deutschland und Italien. Die Verfassungsgerichte in Deutschland und Italien erkennen den Vorrang des Unionsrechts bei Rechtsnormen an, die keinen Verfassungsrang haben, lehnen ihn jedoch in Bezug auf die Verfassung ab, wie es aus den Urteilen in den Rechtssachen Solange I 1974, Solange II 1986, Solange III 2000 sowie aus den Urteilen Frantini und Fragd ersichtlich ist. Die Liste der Verfassungsgerichte, die eine ähnliche Position beziehen, ist noch länger: wir können unter anderem die tschechischen und polnischen Verfassungsgerichtshöfe erwähnen und dieser Linie folgt seit Ende letzten Jahres auch das Verfassungsgericht in Ungarn.

Daraus ergibt sich für mich die Schlussfolgerung, dass die nationalen Verfassungen unentbehrlicher Bestandteil der nationalen Souveränität sind und die Mitgliedstaaten ihre Verfassung – richtigerweise – nicht auf dem Altar der europäischen Integration opfern möchten. Nationale Verfassungen sind Memoiren und Projekte zugleich, sie sind politische und rechtliche Dokumente, sie sind individuell und gleichzeitig universell. Die Europäische Union hat keine Verfassung, obwohl die Rechtsprechung die Verträge gerne als solche betrachten würde.

Anfang der 2000er Jahre gab es einen Versuch, der Europäischen Union eine Verfassung zu geben, der allerdings 2005 infolge der Referenden in Frankreich und in den Niederlanden gescheitert ist. Eine Verfassung für die Europäische Union steht seitdem nicht auf der Tagesordnung, im Gegenteil, im Moment zeichnen sich ganz andere Konflikte ab. Statt der 1983 in der Stuttgarter Deklaration formulierten „ever closer union" wollen heute viele eher in eine andere Richtung gehen und betonen, dass den zentralistischen und föderalistischen Bestrebungen der Europäischen Union die unumgängliche Souveränität der Mitgliedstaaten gegenübersteht, und sie weisen darauf hin, dass die Europäische Union auf der freiwilligen Einschränkung der eigenen Souveränität aufbaut, die eine Art verfassungsmäßige Selbsteinschränkung darstellt.

Gegeben ist die Spannung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten: in den Institutionen der Europäischen Union wird dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts eine herausragende Bedeutung beigemessen, im Gegensatz dazu sind die Mitgliedstaaten – in unterschiedlicher Weise zwar, aber doch – mit ihrer „Verfassungsidentität" verbunden. In Deutschland sind – im Sinne von Artikel 79 Absatz (3) des Grundgesetzes, der sogenannten Ewigkeitsklausel – die Grund-

rechte, der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, das Sozialstaatsprinzip, das Bundesstaatsprinzip Teile der Verfassungsidentität, während die Verfassungsidentität in Frankreich neben der berühmten „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit" durch Laizität, Solidarität, die Unteilbarkeit des Landes und den Schutz der französischen Sprache geprägt wird. (In manchen Ländern erscheint in diesem Zusammenhang sogar der Begriff Verfassungskern.) In Ungarn stellte sich im Zusammenhang mit der Regelung der sog. Flüchtlingsquoten die Frage, ob die Zusammensetzung der Bevölkerung des Landes und eine diesbezügliche Entscheidung die Verfassungsidentität betreffen. Die nationale Identität und die Verfassungsidentität sind im verfassungsrechtlichen Sinne noch ungeklärte Begriffe. Wir können hier nur festhalten, dass die Verfassungsidentität mit der nationalen Souveränität zusammenhängt, sich mit ihr jedoch nicht deckt.

Das Phänomen der Angst um die eigene Souveränität macht sich in einigen Ländern Europas immer kräftiger bemerkbar: Da die Mitgliedstaaten – trotz der Übertragung von Kompetenzen – nicht auf ihre Souveränität verzichtet haben, sehen sie mit wachsender Sorge der Tatsache entgegen, dass die Europäische Union – oft aufgrund einer fraglichen Befugnis – in immer mehr Bereichen die Kontrolle übernehmen möchte. In diesem Zusammenhang hört man immer öfter den Ausdruck „Integrationswut", den ich gelegentlich auch selber benutze. Da mit einer offenen Konfrontation niemandem gedient ist, muss man sich zweckmäßigerweise nach einer anderen Lösung umschauen. Armin von Bogdandy meint beispielsweise, dass nun die Zeit dafür reif ist, statt einer „ever closer union" von einem „europäischen Rechtsraum" (espace juridique européen) zu sprechen, dieser würde nämlich das Unionsrecht, die Menschenrechtskonventionen und das Recht der Mitgliedstaaten mit einschließen, wäre aber viel flexibler, da seine Bestandteile keine Ausschließlichkeit für sich reklamieren: jeder kann davon immer die Bestimmungen anwenden, die für ihn gelten; sie drücken trotzdem eine gemeinsame europäische Idee aus. Der Ausdruck europäischer Rechtsraum (und wohlgemerkt, auch der Ansatz) wäre dazu geeignet, den Begriff Integration abzulösen und zu ersetzen.

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

Zum Schluss meines Vortrags lassen Sie mich ein paar Worte zum Thema Rechtsstaatlichkeit sagen. Die Aktualität dieses Themas ergibt sich daraus, dass in der Europäischen Union bereits zahlreiche Mechanismen zur

Wahrung der Rechtsstaatlichkeit eingerichtet wurden. Die Kommission und der Rat haben ihren eigenen Mechanismus zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit, auch im Europäischen Parlament kommt es in Verbindung mit der Rechtsstaatlichkeit in aller Regelmäßigkeit zu politischen Debatten und Entscheidungen. Es besteht kein Zweifel, dass wir es mit einem aktuellen Thema zu tun haben. Gleichzeitig erfüllt es mich mit großer Sorge, wenn Politiker die Rechtsstaatlichkeit einzelner Länder bewerten. Es ist fraglich, ob die europäischen Kontrollmechanismen für Rechtsstaatlichkeit den Begriff der Rechtsstaatlichkeit festigen oder eher verzerren und verwässern.

Es ist zu befürchten, dass die europäischen Kontrollmechanismen für Rechtsstaatlichkeit die inhaltlichen Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit statt mit wissenschaftlich fundierter juristischer Argumentation lieber mit politischen Argumenten zu definieren versuchen, wodurch die Idee der Rechtsstaatlichkeit paradoxerweise nicht gefestigt, sondern eher ausgehöhlt wird. Die EU-Kontrollmechanismen für Rechtsstaatlichkeit werfen auch aus der Perspektive der Souveränität Fragen auf. Der Begriff Rechtsstaat wird in den europäischen Verträgen als Wert angesehen, ohne dass ihm ein konkreter Inhalt zugeordnet wird. Im Zusammenhang mit der Rechtsstaatlichkeit in Polen fallen beispielweise die fraglichen Regelungsbefugnisse (wie Verfassungsgerichtsbarkeit und ordentliche Gerichte) nicht in die Zuständigkeit der Europäischen Union, sondern sind nationale Zuständigkeiten. Es wäre für die Souveränität von Staaten äußerst bedenklich, wenn die Kommission und später der Rat die Berechtigung erlangen sollte, quasi als Gericht eine in nationale Zuständigkeit gehörende Regelung im Zusammenhang mit der ansonsten nicht definierten Rechtsstaatlichkeit zu überprüfen. Bei EU-Kompetenzen ist allerdings die Europäische Kommission als Hüterin der Verträge berechtigt, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten. Es führt zu verstärktem Misstrauen, wenn einzelne Länder auf die Anklagebank gesetzt werden, obwohl es uns allen klar ist, dass wir gerade jetzt eines größeren Vertrauens unter den Mitgliedstaaten bedürften. Es ist fraglich, ob die Rechtsstaatlichkeit von den Politikern in den Ländern Europas überall mit gleichen Maßstäben gemessen wird, oder ob wir gerade die beginnende Anwendung von zweierlei Maß beobachten können? Eine Rollenverteilung zwischen Anklägern und Angeklagten ist der Einigkeit in Europa nicht zuträglich, obwohl diese unser gemeinsames Ziel sein sollte.

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mir ist es bewusst, dass ich in meinem Vortrag Grundfragen in den Raum gestellt habe, in denen keine Einigkeit herrscht. Meine Worte waren vielleicht auch viel zu sehr von Sorgen getragen.

Wir sind in der Geschichte der europäischen Integration in einer Zeit angelangt, wo wir mit grundlegenden Fragestellungen konfrontiert sind. Wir brauchen Vertrauen. In diesem Sinne haben wir auch eine gemeinsame Verantwortung zu tragen. Es muss klar sein, dass es keine ausschließlichen Wahrheiten gibt. Aber wir müssen offen über Demokratie, unsere Identität, unsere europäische und nationale, unsere verfassungsmäßige Identität und den Rechtsstaat reden. Es ist mir eine große Freude, dass ich zum heutigen feierlichen Anlass über diese Fragen sprechen durfte. Ich möchte mich nun mit den Worten des französischen Dramatikers Jean Giraudoux verabschieden. Giraudoux schrieb 1935 in seiner Tragödie „Kein Krieg in Troja/Der trojanische Krieg findet nicht statt" („La guerre de Troie n'aura pas lieu") den vielzitierten Satz: „le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité" („das Recht ist die mächtigste aller Schulen der Phantasie. Nie hat ein Dichter die Natur so frei ausgelegt wie ein Jurist die Wirklichkeit"). Ich bin mir sicher, dass auch Professor Detlev Belling, den wir heute feiern, in seiner Arbeit in den letzten Jahrzehnten genauso verfahren ist, und ich bin mir auch sicher, dass er die Wirklichkeit auch in Zukunft mit größter Freiheit erforschen wird.

Die Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts*

*Detlev W. Belling***
Universität Potsdam

A. Die Einführung

Gnade wurde schon in vorchristlicher Zeit geübt: bei den Germanen, in der römischen Republik, im Griechentum[1], im ägyptischen Ptolomäerreich. Im Neuen Testament ist die Gnadenlehre von zentraler Bedeutung: Das Gesetz ist durch Moses gegeben; die Gnade und Wahrheit ist durch *Jesus Christus* geworden[2]. Die Gnade ist Ausdruck der Barmherzigkeit Gottes. Beispielhaft sei daran erinnert, dass im Gleichnis vom Verlorenen Sohn der Vater, der den Herrgott verkörpert, seinem reumütigen jüngeren Sohn Gnade schenkte. Dieser war verlumpt und gescheitert heimgekehrt, nachdem er sein Vermögen verprasst hatte. Aber der Vater lud ihn zum Festmahl ein[3] – gegen den Widerspruch seines älteren fleißigen, aber missmutigen und missgünstigen Sohns[4]. Dieser glaubte nicht an die Gnade des Vaters und wollte sie erarbeiten. Aber göttliche Gnade ist kein Verdienst, über den vielleicht Arbeitsrecht entscheiden könnte. Sie lässt sich nicht an menschlichen und schon gar nicht an juristischen Maßstäben messen. Als weiteres Beispiel: *Pontius Pilatus* lehnte die Begnadigung *Jesu Christi* ab, um die aufgebrachte Volksmenge zufriedenzustellen und sich nicht selbst in Gefahr zu bringen[5]. Jener war eben nur Mensch.

* Posthum gewidmet Frau Francesca Ngina Kagiri, unbegnadigt gestorben im Langate Frauengefängnis, Kenya. Soweit bekannt, wurde ihr Gnadengesuch (Ref. CAB/PO-MAC/24/1B) nicht beschieden.

** Unter Mitarbeit von Antje Herold, Marek Kneis und Winnie Stoltenberg.

1 *Held,* Gnade und Recht in: *Böttcher/Hueck/Jähnke* (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 413.

2 *Johannes* 1:17.

3 *Lukas* 15, 11–32.

4 *Margie*s, Gnade, 1990, S. 17.

5 Markus 15,6–15: 6 Er pflegte ihnen aber zum Fest einen Gefangenen loszugeben, welchen sie erbaten. 7 Es war aber einer, genannt Barabbas, gefangen mit den Auf-

Das Verhältnis der Gnade zum Recht ist seit vielen Jahrhunderten spannungsvoll. Ist Gnade die „Überwindung des Gesetzes“[6]? Ergeht Gnade *vor* oder *für* Recht? Ist Gnade „das gesetzlose Wunder innerhalb der juristischen Gesetzeswelt“[7]? *Mezger*[8] fragte: „Geht die Gnade […] mit dem Rechte“ oder steht sie „dem Rechte entgegen“? Im Kaufmann von Venedig heißt es: Und „irdische Macht kommt göttlicher am nächsten, wenn Gnade *bei* dem Recht steht“[9].

Das ist keine juristische „Haarspalterei“: Ergeht Gnade *vor* oder *für* Recht, also anstelle von Recht, so steht sie außerhalb aller rechtlichen Kategorien[10]. Auch der staatliche Gnadenträger unterliegt dann keinerlei rechtlichen Bindungen. Wer berufen ist, Gnade *vor* Recht ergehen zu lassen, „handelt nicht unter der Herrschaft des Rechts“[11]. Die Entscheidung über die Begnadigung ist – wie im NS-Staat – von jeder Kontrolle frei[12]; sie ergeht in völliger Ungebundenheit an irgendwelche geschriebenen Regeln[13]. Der Gnadenträger kann willkürlich entscheiden, ob er sich mit dem Antrag überhaupt befasst und wie er darüber entscheidet, ohne dass der Gnadenpetent im Fall der Nichtbefassung bzw. der Abweisung das

rührern, die beim Aufruhr einen Mord begangen hatten. 8 Und das Volk ging hinauf und bat, dass er tue, wie er ihnen zu tun pflegte. 9 Pilatus aber antwortete ihnen: Wollt ihr, dass ich euch den König der Juden losgebe? 10 Denn er erkannte, dass ihn die Hohenpriester aus Neid überantwortet hatten. 11 Aber die Hohenpriester wiegelten das Volk auf, dass er ihnen viel lieber den Barabbas losgebe. 12 Pilatus aber antwortete wiederum und sprach zu ihnen: Was wollt ihr dann, dass ich tue mit dem, den ihr den König der Juden nennt? 13 Sie schrien abermals: Kreuzige ihn! 14 Pilatus aber sprach zu ihnen: Was hat er denn Böses getan? Aber sie schrien noch viel mehr: Kreuzige ihn! 15 Pilatus aber wollte dem Volk Genüge tun und gab ihnen Barabbas los und ließ Jesus geißeln und überantwortete ihn, dass er gekreuzigt würde. (zitiert nach: Evangelische Kirche in Deutschland (Hrsg.): Die Bibel nach Martin Luthers Übersetzung, 2017 Deutsch Bibelgesellschaft, Stuttgart, https://www.die-bibel.de/bibeln/online-bibeln/lutherbibel-2017/bibeltext/; zuletzt besucht am 24. Januar 2018).

6 *Margies,* Gnade, 1990, S. 49.

7 *Radbruch,* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, § 24, S. 165.

8 *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung, Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (58).

9 *Shakespeare,* Der Kaufmann von Venedig IV, 1. (Porzia).

10 *Petersen,* Recht vor Gnade in Ovids Tristia in: *Arnold/Lorenz* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 351 (361).

11 *Tietgen,* NJW 1956, 1129 (1132).

12 *Görtemaker/Safferling,* Die Akte Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 191.

13 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (210). Der Beschluss des Großdeutschen Reichstags vom 26. April 1942 (RGBl. I 1942, S. 247) erklärt sinngemäß, dass der „Führer“ an bestehende Rechtsvorschriften nicht gebunden war. Exemplarisch die Ablehnung der Gnadengesuche von 17 vom Reichskriegsgericht im Strafsachenkomplex „Rote Kapelle“ zum Tode Verurteilten durch den „Führer“ am 21. Juli 1943, vgl. http://www.gedenkstaette-ploetzensee.de/zoom/09_6_dt.html; zuletzt besucht am 29. März 2018.

Gericht anrufen kann. Wenn Gnade wegen des Geschlechts des Petenten, seiner Abstammung, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen, aus Hass, Rache oder Schikane[14] abgelehnt wird, gibt es keinen Rechtsschutz gegen diese Entscheidung. *Jellinek* nahm an, Gnade sei eben „vollkommen frei"[15]. Folglich könnte beispielsweise nach dem Losverfahren begnadigt werden. Ergeht aber Gnade *im* Recht, so steht der Gnadenträger unter der Herrschaft des Rechts. Die Bindungen des Grundgesetzes und der jeweiligen Landesverfassung gelten für denjenigen, der das Gnadenrecht wahrnimmt. Die für die Gnadenentscheidung zuständige Stelle ist – so der *Bayerische Verfassungsgerichtshof*[16] – „vor allem an die unübersteigbaren Schranken gebunden, die durch die elementaren Grundrechte […] der öffentlichen Gewalt gezogen sind". Das Willkürverbot gilt. Der Rechtsweg ist eröffnet; denn alles sich im Recht abspielende staatliche Handeln muss gerichtlich nachprüfbar sein[17].

B. Der Begriff der Gnade

Das Wort Gnade hat seinen sprachlichen Ursprung im althochdeutschen Wort „ginada" sowie im mittelhochdeutschen Wort „g[e]nade"[18]. Das bedeutet unter anderem [göttliche] Hilfe, [göttliches] Erbarmen, Schutz, Milde, Nachsicht oder Gunst[19]. Daran orientieren sich Lehre und Rechtsprechung teilweise noch immer, wenn sie Gnadenakte als Akte der Barmherzigkeit und des Wohlwollens qualifizieren[20]. Das Gnadenrecht umfasst herkömmlich die Befugnis, rechtskräftig verhängte Strafen zu erlassen, umzuwandeln, zu ermäßigen, auszusetzen (Begnadigung) und

14 *Dürig,* Anmerkung zu OVG Hamburg, JZ 1961, 166 (167).
15 VDStRL 8, 159 (160).
16 NJW 1966, 443 (443).
17 *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (43); zwischen Rechtsbindung und Justitiabilität dagegen trennend: *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 107 f.
18 *Duden,* Herkunftswörterbuch, Band 7, 4. Aufl. 2010, „Gnade"; *Duden,* Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 3, 2. Aufl. 1993, „Gnade"; *Grimm/Grimm* (Hrsg.): Deutsches Wörterbuch, Band 8 (Nachdruck von Band 4), Abt. I, Teil 5, 1999 (1958), „Gnade", S. 506.
Auch im Niederländischen wird das Wort „genade" verwendet, im Schwedischen „nåd"; vgl. *Duden,* Herkunftswörterbuch, Band 7, 4. Aufl. 2010, „Gnade".
19 *Duden,* Herkunftswörterbuch, Band 7, 4. Aufl. 2010, „Gnade"; *Duden,* Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 3, 2. Aufl. 1993, „Gnade".
20 *Mörtel,* BayVBl. 1968, 81 (81).

anhängige Strafverfahren niederzuschlagen (Abolition)[21]. Gnadenerweise können durch Begnadigung im Einzelfall oder als generelle Maßnahme („Massenbegnadigung“[22]) durch Amnestie ergehen[23].

Es wird auch von der „Begnadigung im weiteren Sinn“ gesprochen, welche die „Begnadigung im engeren Sinn“, die Abolition und Amnestie umfasst[24].

I. Die Begnadigung

Begnadigung bezeichnet die Milderung oder Aufhebung von rechtskräftig ausgesprochenen, noch bestehenden Rechtsnachteilen im Wege einer ermessensgesteuerten Einzelentscheidung als Akt der Exekutive[25]. Sie setzt nicht das Schuldeingeständnis des verurteilten Petenten voraus[26]. Auch bedarf sie nicht der Zustimmung des Betroffenen[27]. Die Begnadigung bewirkt, dass die nach einem nicht mehr anfechtbaren, also rechtskräftigen Urteil ausgesprochene Strafe nicht oder nicht in vollem Umfang vollstreckt wird[28]. Die Begnadigung bezieht sich auf Kriminalstrafen einschließlich der Nebenstrafen, auf Disziplinarstrafen und auf Geldbußen bei Ordnungswidrigkeiten, nicht dagegen auf Maßregeln der Sicherung und Besserung[29]. Als Rechtsfolgen sind sämtliche Milderungsformen

21 *Creifelds,* Rechtswörterbuch, 21. Aufl. 2014, „Gnadenrecht“; *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 303; *Guggumos,* NJW 1953, 1539 (1540), nimmt an, Gnadenerweise seien auf allen Rechtsgebieten möglich.

22 So bereits *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 303.

23 *Creifelds,* Rechtswörterbuch, 21. Aufl. 2014, „Gnadenrecht“.

24 *Schmidt,* Militärstrafrecht in: *Kohlrausch/Peters,* Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft, 1936, S. 63; *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 303.

25 *Röttle/Wagner,* Strafvollstreckung, 8. Aufl. 2009, S. 469, Rn. 699; *Weyde,* Grundzüge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 4. In diesem Sinn auch die *Sektion Rechtswissenschaft der HU-Berlin-Ost* (Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR), Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 1976, S. 524: „Im Unterschied zur Amnestie wird die Begnadigung für namentlich bestimmte einzelne Straftäter ausgesprochen.“

26 SZ.de vom 20. Dezember 2013, „Gnadengesuch ja, Schuldeingeständnis nein“; vgl. im Fall *Michail Chodorkowskij:* http://www.sueddeutsche.de/politik/presseerklaerung-von-chodorkowskij-gnadengesuch-ja-schuldeingestaendnis-nein-1.1848226; zuletzt besucht am 27. Februar 2018.

27 *Appl* in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK-StPO), 7. Aufl. 2013, § 452, Rn. 1.

28 *Engisch,* Recht und Gnade in: *Freudenfeld* (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 109.

29 *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* Art. 60 GG, Rn. 37; *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* Art. 60 GG, Rn. 37; a.A. *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 90; *Weyde,* Grund-

denkbar, selbst wenn sie sonst im deutschen Strafrecht gesetzlich nicht vorgesehen sind. In Frage kommen insoweit der Erlass, die Milderung oder die Umwandlung der Strafe (etwa von einer Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe) und vor allem die gnadenweise Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung[30]. Für das Letzte sind in den Gnadenordnungen der Länder Bestimmungen vorgesehen, nach denen sich die Festsetzung der Bewährungszeit, die Überwachung der Bewährung sowie die Erteilung von Auflagen und Weisungen richten[31]. Auf den Schuldspruch erstreckt sich das Begnadigungsrecht nicht; das einmal ergangene in der Verurteilung liegende sozialethische Unwerturteil sowie Eintragungen im Bundeszentralregister bleiben bestehen[32]. Dort wird gemäß § 14 Nr. 3 BZRG ein Straferlass vermerkt. Anders ist es bei der Rehabilitierung. Sie führt zur Aufhebung der Gerichtsentscheidung, wie § 1 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 Nr. 2 StrRehaG sowie das NS-AufhG[33] zeigen. Gemäß § 19 Abs. 1 BZRG und § 8 NS-AufhG wird die Eintragung aus dem Register entfernt.

Die Funktionen des Gnadenrechts sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Ausgleich von Härten des Gesetzes, die Korrektur von Irrtümern in der Urteilsfindung und die Behebung anderer Unbilligkeiten sein[34]. Dem Gesetzgeber ist es kaum möglich, alle

züge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 7; *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 303; *Fischer,* Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat, Neue Kriminalpolitik 4/2001, S. 21 (23).

30 *BVerfGE* 25, 352 (358); *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 91; eine ausführliche Aufstellung aller von der Begnadigungsbefugnis umfassten Sanktionen findet sich bei *Reimer* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK-GG), Art. 60, Rn. 72; eine Aufstellung der möglichen Rechtsfolgen einer Begnadigung bei: *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 88.

31 Vgl. etwa §§ 18–20 GnOBbg.

32 *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (152). Anders ist es teilweise im australischen Recht: Bei Taten, die nach Bundesrecht bestraft werden, führt eine vollständige Begnadigung zur Aufhebung des Strafurteils; der Begnadigte ist so zu behandeln, als wäre er niemals angeklagt und verurteilt worden (Section 85ZR des Crimes Act 1914).

33 Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege vom 25. August 1998 (BGBl. I 1998, S. 2501), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. September 2009 (BGBl. I 2009, S. 3150) geändert worden ist.

34 *BVerfGE* 25, 352, 360. Siehe auch *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (151) und *Lüderssen,* Gnadenweiser Erlaß von Ersatzfreiheitsstrafen? in: *Feuerhelm/Schwind/Block* (Hrsg.), Festschrift für Alexander Böhm zum 70. Geburtstag, 1999, S. 553 (559).

denkbaren Fallkonstellationen vorausschauend zu regeln[35]. Bei „Irrtümern in der Urteilsfindung" wird auch von der Reparatur von Gerichtsurteilen durch Gnadenentscheidungen gesprochen[36]. Gnadengesuche eignen sich aber nicht als Ersatz für Rechtsmittel und Gnadenverfahren nicht als Superrevisionsmöglichkeit[37]. „Andere Unbilligkeiten" können sich aus nach Urteilserlass eingetretenen veränderten Verhältnissen ergeben, die zur Verwirklichung individueller Gerechtigkeit kompensiert werden sollen[38]. Bei der Begnadigung sind „Gesichtspunkte der Menschlichkeit abzuwägen gegen das Prinzip von Schuld und Sühne […] und dem, was eine Begnadigung für die Angehörigen der Opfer bedeutet"[39].

Auch gesundheitliche Beeinträchtigungen[40], Gebrechlichkeit und hohes Alter[41] können die Begnadigung rechtfertigen. So wurden beispielsweise durch das ZK der KPdSU aufgrund des Beschlusses vom 30. November 1953 „Über die vorzeitige Entlassung deutscher Kriegsgefangener, Internierter und Zivilisten, die von sowjetischen Gerichten verurteilt wurden" sowie aufgrund des Amnestie-Erlasses des Präsidiums des Obersten Sowjets der UdSSR vom 27. März 1953[42], welcher am 26. September 1955 auf der Tagung des Präsidiums des ZK der KPdSU

35 *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (169).

36 *Pflieger,* ZRP 2008, 84 (86); insoweit mit Blick auf die Gewaltenteilung kritisch: *Bettermann,* AöR 1973, 528 (540); *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (38 f.); näher unten D.III.2.b). Siehe dazu auch Reg. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Bentley [1994] QB 349.

37 *Fischer,* Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat, Neue Kriminalpolitik 4/2001, S. 21, (24).

38 *Appl* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 452, Rn. 1; *Pflieger,* ZRP 2008, 84 (86).

39 Bundespräsident *Rau,* zitiert nach *Leyendecker,* Gnade und Recht, Süddeutsche Zeitung, 19. Mai 2010, http://www.sueddeutsche.de/politik/symbolfiguren-der-raf-gnade-und-recht-1.885998; zuletzt besucht am 27. Februar 2018; eingehend zur Berücksichtigung der Opferperspektive bei Gnadenentscheidungen: *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (178–181).

40 Ebenso Art. 31 des peruanischen Gesetzes zur präsidialen Begnadigung, abrufbar unter: http://sistemas3.minjus.gob.pe/transparencia2/RM-0162-2010-JUS-reglamento.pdf; zuletzt besucht am 29. März 2018.

41 *Dibelius,* Bitte des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, 6. Dezember 1950 in: *Merzyn* (Hrsg.), Kundgebungen, Worte und Erklärungen des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Band 1, 1945–1949, 1993, S. 107 (108). Nach Art. 104 tVerf erlässt oder mindert der Präsident die Strafen von Personen aus Gründen dauernder Krankheit, der Behinderung und des Alters.

42 „Über die vorzeitige Freilassung deutscher Staatsbürger, die von den Gerichtsorganen der UdSSR wegen gegen die Völker der Sowjetunion während des Kriegs begangener

bestätigt wurde, schwer kranke deutsche Generale zusammen mit anderen in der Sowjetunion Inhaftierten und in der DDR Einsitzenden entlassen[43]. Es kann auch darum gehen, Strafen aufzuheben oder zu mildern, die einem überwundenen politischen System entsprungen und deshalb nicht mehr gerechtfertigt sind[44], wie nach dem Ende des NS-Staats.

Das Erreichen des Strafzwecks kann ebenfalls ein Begnadigungsgrund sein. Zur Anschauung ein Vorgang in der Türkei[45]: In *Erzincan,* einer Stadt im Osten der Türkei, ereignete sich im Jahr 1939 ein Erdbeben mit vielen Opfern und unzähligen Verletzten. Es war Winter und alle Zufahrtswege waren eingeschneit. Für Helfer aus anderen Städten war *Erzincan* unzugänglich. Das Staatsgefängnis wurde auch zerstört, und die Häftlinge konnten fliehen. Aber einige der Häftlinge blieben und halfen bei der Rettung der Einwohner. Daraufhin begnadigte das Parlament nach Art. 87 tVerf[46] diejenigen Häftlinge, die Hilfe geleistet

Verbrechen verurteilt wurden"; *Reschin,* General zwischen den Fronten, Walter von Seydlitz in sowjetischer Kriegsgefangenschaft und Haft 1943–1955, 1995, S. 309 u. 314.

43 *Reschin,* General zwischen den Fronten, Walter von Seydlitz in sowjetischer Kriegsgefangenschaft und Haft 1943–1955, 1995, S. 309–315; vgl. auch *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 130. Auch General der Artillerie *Walther Kurt von Seydlitz-Kurzbach* gelangte am 16. Oktober 1955 in die Bundesrepublik zurück (*Reschin,* a.a.O., S. 317).

44 *Junker,* ZStW 1951, 428 (430).

45 7 Kânunuevvel 1939 tarihinde ve Müteakib Günlerde Vukubulan Zelzele felâkete Uğrayanların Kurtarılmasında Fevkalâde Hizmetleri Görülen Bazı Makumların Cezalarının Affi Hakkında Kanun (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d06/c017/tbmm06017037ss0119.pdf; zuletzt besucht am 29. März 2018); YAVUZ, Can: 1939 Erzincan Depremi Kurtarma Çalışmalarında Yer Alan Mahkumların Affi Bağlamında Türkiye'de Af Uygulaması, TBB Dergisi 2015 (119), S. 87.

46 Artikel 87 (Geändert: 3/10/2001-4709/28 md.; 7/5/2004-5170/6 md.; 16/4/2017-6771/5 md.):
Die Große Nationalversammlung der Türkei hat die Aufgaben und Kompetenzen, Gesetze zu erlassen, zu ändern und aufzuheben, die Gesetzentwürfe zu Haushalt und Haushaltsabrechnung zu verhandeln und anzunehmen, über den Druck von Geld und über Kriegserklärungen zu entscheiden, die Ratifizierung völkerrechtlicher Verträge zu billigen, mit der Mehrheit von drei Fünfteln der Gesamtzahl der Abgeordneten der Großen Nationalversammlung über die Verkündung einer allgemeinen oder besonderen Amnestie zu entscheiden und die in den übrigen Vorschriften der Verfassung vorgesehenen Kompetenzen und Aufgaben auszuüben und zu erfüllen.
A. Genel olarak
MADDE 87 (Değişik: 3/10/2001-4709/28 md.; 7/5/2004-5170/6 md.; 16/4/2017-6771/5 md.):
Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi

hatten[47]. Denn sie hatten gezeigt, dass sie sich in die soziale Gemeinschaft wieder eingegliedert hatten. Versöhnung war schon vor Ablauf der Haftzeit entstanden. Der Vorgang zeigt, dass Gnade zu gewähren ist, wenn die Fortsetzung der Strafe ungerecht wäre, weil eine Entwicklung zum Guten eingetreten ist, die weder vom Gesetzgeber noch vom Strafrichter vorhergesehen werden konnte.

Freilich ist nicht zu übersehen, dass die Begnadigung Schattenseiten hat. Begnadigungen wurden auch ausgesprochen, wenn die weitere Bestrafung keineswegs ungerecht gewesen wäre. In den U.S.A. wurden durch Begnadigungen im weiteren Sinn sogar Anklage, Verurteilung und Bestrafung verhindert:

Erinnert sei zunächst an die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher, darunter *Ernst v. Weizsäcker*[48], durch den Hohen Kommissar *John McCloy*[49]. „Ab 1951 bricht ein regelrechtes ‚Gnadenfieber' aus."[50] Der „nicht zuletzt von prominenten Kirchenführern unterstützte Gnadenlobbyismus sprengte alle moralischen Grenzen. So setzten sich etwa für die Begnadigung des SS-Führers Martin Sandberger, der als Leiter des Einsatzkommandos 1a in Estland den Judenmord organisiert hatte, der evangelische Landesbischof von Württemberg Martin Haug, das FDP-Vorstandsmitglied Ernst Mayer, der sozialdemokratische Vizepräsident des Deutschen Bundestages Carlo Schmid und schließlich auch Bundespräsident Theodor Heuss ein."[51] Zahlreiche von alliierten Militärgerich-

üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

47 Resmi Gazetede yayımlanan bu kanunlar için bkz. Kanun No: 3804, Kabul Tarihi: 19.04.1940 Resmi Gazete sayısı: 26.04.1940, sayı 449, Ankara Devlet Matbaası 1941; Kanun No: 3999, Kabul Tarihi 14.04.1941 Düstur Üçüncü Tertip, Cild 22, Teşrinisani 1940-Teşrinievvel 1941, Ankara Devlet Matbaası 1941; ve Kanun No: 4162 Kabul Tarihi 26 Kânunuevvel 1941, Düstur Üçüncü Tertip Cild 23, Teşrinisani 1941-Teşrinievvel 1942, Ankara Başbakanlık Devlet Matbaası 1961.

48 *Koerfer,* Ernst von Weizsäcker im Dritten Reich. Ein deutscher Offizier und Diplomat zwischen Verstrickung und Selbsttäuschung in: *Backes/Jesse/Zitelmann* (Hrsg.), Die Schatten der Vergangenheit – Impulse zur Historisierung des Nationalsozialismus, 1990, S. 375 (399).

49 *Schwartz,* Die Begnadigung deutscher Kriegsverbrecher, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 38 (1990), 375.

50 *Werle/Wandres,* Die Angeklagten im Auschwitz-Prozeß, Das Urteil gegen Dr. Victor Capesius, https://www.edjewnet.de/auschwitzvorgericht/index.htm; zuletzt besucht am 27. Februar 2018.

51 *Vollnhals,* Entnazifizierung – ein gescheitertes Experiment? in: *Baganz* (Hrsg.), Kriegsende und Neubeginn – von der Technischen Hochschule zur Technischen Universität Berlin, 2017, S. 72 (78); *ders.,* Stabilisierung durch Verdrängung, DER TAGESSPIEGEL (Online), 21. Februar 2017, http://www.tagesspiegel.de/wissen/nationalsozialis

ten Verurteilte wurden begnadigt, unter ihnen vielfache Mörder und Führer von Einsatzgruppen und Einsatzkommandos. Beispielsweise wurden neun Todesurteile aus dem Nürnberger „Einsatzgruppenprozeß" von 1948, einem Nachfolgeprozess des „Hauptkriegsverbrecherprozesses", in Freiheitsstrafen umgewandelt. Die ersten dieser Täter waren 1951, die letzten 1958 wieder auf freiem Fuß[52]. Durch die Begnadigungen sollte die Integration der Bundesrepublik Deutschland in ein westliches Sicherheitsbündnis gefördert werden. Es ging darum, einen „Schlussstrich" zu ziehen.

Erinnert sei an die Begnadigungen im Kalten Krieg zwischen Ost und West. So begnadigte der Bundespräsident Agenten wie die Topspione *Alfred Frenzel, Heinz Felfe* und *Günter Guillaume.* Die Begnadigungen waren der „Preis", um Häftlinge aus dem Strafvollzug der DDR zu befreien[53]. Später hingegen, als nach dem Mauerfall die DDR alle wegen Spionage für den Westen Verurteilten auf Druck der Bundesregierung aus der Haft entließ, waren Begnadigungen auf Seiten der Bundesrepublik als Gesten der Großzügigkeit zu verstehen. So begnadigte der damalige Bundespräsident *Richard von Weizäcker* am 21. Dezember 1989 vier Agenten und Agentinnen, darunter die langjährige Kanzleramts-Sekretärin *Elke Falk* sowie *Margret Höke,* eine Mitarbeiterin des Bundespräsidialamts, die einem sog. ostdeutschen „Romeo" verfallen war und ihm zuliebe über Jahre hinweg fast 2000 Dokumente für die DDR beschafft hatte, darunter geheimste NATO-Unterlagen[54].

Begnadigungen zum Zweck des Austauschs von Häftlingen gibt es auch heute noch im Ausland, wie ein spektakulärer Fall aus dem Jahr 2010 zeigt. Anfang Juli vollzogen die Russische Föderation und die U.S.A. den größten Austausch von Agenten seit dem zweiten Weltkrieg. Zehn russische Spione (darunter *Anna Chapman* und die Peruanierin *Vicky Peláez*) waren kurz zuvor in den U.S.A. enttarnt und festgenommen worden. Um eine schnelle Lösung ringend, wurde deren Austausch gegen

mus-stabilisierung-durch-verdraengung/19422778.html (zuletzt besucht am 28. Februar 2018); *Dibelius,* Bitte des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, 6. Dezember 1950 in: *Merzyn* (Hrsg.), Kundgebungen, Worte und Erklärungen des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Band 1, 1945–1949, 1993, S. 107–109.

52 *Werle/Wandres,* Die Angeklagten im Auschwitz-Prozeß, Das Urteil gegen Dr. Victor Capesius, https://www.edjewnet.de/auschwitzvorgericht/index.htm; zuletzt besucht am 27. Februar 2018.

53 Siehe dazu unten C.II.5. Für *Guillaume* wurden acht Häftlinge aus DDR-Gefängnissen freigelassen, darunter drei „Lebenslängliche": *Ernst-Gustav Tschentscher, Philipp Durweiler sowie Horst Jahn;* vgl. *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 269 ff.

54 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 175.

vier in Russland inhaftierte Agenten westlicher Geheimdienste[55] durch die Präsidenten *Obama* und *Medwedew* möglich gemacht. Während Präsident *Medwedew* die vier in Russland Verurteilten zu diesem Zweck begnadigte, mussten sich die (zumeist als Amerikaner getarnten und mit anderen Identitäten lebenden) zehn russischen Spione zuvor vor einem Bundesgericht in New York im Hinblick auf ihre Spionagetätigkeit für schuldig bekennen[56/57]. Sie wurden zu – freilich nur – elf Tagen Haft verurteilt.

Vor fast zwei Jahren wurde die ukrainische Kampfpilotin *Nadja Sawtschenko* ebenfalls ausgetauscht. Sie war am 21. März 2016, zu diesem Zeitpunkt bereits fast zwei Jahre in russischer Haft, nach einem umstrittenen Prozess der Beihilfe zum Mord schuldig gesprochen und zu 22 Jahren Lagerhaft verurteilt worden. Aufgrund des internationalen Protests wurde sie zwei Monate später, am 25. Mai 2016, gegen die beiden russischen Staatsbürger *Alexander Alexandrow* und *Jewgeni Jerofejew* freigelassen. Sie waren ihrerseits 2015 in der Ostukraine gefangengenommen und für ihren Kampf an der Seite pro-russischer Einheiten in der Ost-Ukraine zu 14 Jahren Haft verurteilt worden[58].

[55] Darunter der 2004 zu 15 Jahren Lagerhaft verurteilte Waffenexperte *Igor Sutjagin,* der 2006 zu 13 Jahren Gefängnis verurteilte frühere russische Offizier *Sergej Skripal,* der für Großbritannien spioniert haben soll, sowie *Aleksandr Saporoschskij,* der 2003 wegen Spionage für Amerika zu 18 Jahren Haft verurteilt worden war. Die Männer mussten in einem schriftlichen Gesuch ihre Schuld eingestehen.
Sergej Skripal fiel Anfang März 2018 zusammen mit seiner Tochter einem (Nerven-) Gift-Attentat zum Opfer (vgl. dazu etwa *Hebel/Holscher,* Der mysteriöse Fall des russischen Meisterspions; Beitrag vom 06. März 2018 auf spiegel.de, http://www.spiegel.de/politik/ausland/sergej-skripal-russischer-ex-spion-offenbar-vergiftet-a-1196669.html; zuletzt besucht am 06. März 2018).

[56] Vgl. zum Austausch und seinen Hintergründen: *Ludwig/Rüb,* Größter Agentenaustausch seit dem Kalten Krieg, Beitrag vom 09. Juli 2010 auf faz.net (http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/spionage-affaere-groesster-agentenaustausch-seit-dem-kalten-krieg-1576007.html) sowie die anonymen Beiträge vom 09. Juli 2010 auf spiegel.de (Russland und USA übergeben Agenten in Wien; http://www.spiegel.de/politik/ausland/spionageaffaere-russland-und-usa-uebergeben-agenten-in-wien-a-705598.html) und auf focus.de (Austausch von Agenten nach Spionageaffäre; https://www.focus.de/panorama/vermischtes/russland-und-usa-austausch-von-agenten-nach-spionageaffaere_aid_528575.html); jeweils zuletzt besucht am 06. März 2018.

[57] Vgl. dazu *Marschall,* USA und Russland tauschen Agenten aus, Beitrag vom 09. März 2010 auf tagesspiegel.de (https://www.tagesspiegel.de/politik/spionage-usa-und-russland-tauschen-agenten-aus/1879746.html; zuletzt besucht am 06. März 2018).

[58] Vgl. den Beitrag im Tagesspiegel vom 22. März 2016 „Kampfpilotin Sawtschenko zu 22 Jahren Lagerhaft verurteilt" (http://www.tagesspiegel.de/politik/russland-ukraine-kampfpilotin-sawtschenko-zu-22-jahren-lagerhaft-verurteilt/13355090.html) sowie denjenigen vom Deutschlandfunk vom 25. Mai 2016 „Poroschenko: Jetzt Nadja und

Gnadenerweise können mehr als zweifelhaft sein oder gar als missbräuchlich erscheinen, wie die Begnadigung von *Richard Nixon* durch den 38. Präsidenten der USA *Gerald Ford* (1974–1977). Aus persönlicher Freundschaft begnadigte er seinen Amtsvorgänger bereits 30 Tage nach seiner *(Fords)* Vereidigung für alle von jenem im Amt möglicherweise begangenen Straftaten[59]. Weder war Anklage gegen *Nixon* erhoben worden, noch kam es zu einem Gerichtsverfahren. Er musste 1974 wegen des Watergate-Skandals zurücktreten. *Ford* war Vizepräsident unter *Nixon.* Die Entscheidung, ihn zu begnadigen, beeinträchtigte die gesamte weitere Präsidentschaft *Fords*[60].

Zuvor hatte *Nixon* selbst eine Begnadigung für den Hauptverantwortlichen des Massakers von Mỹ Lai, Lieutenant *William Calley,* ausgesprochen. Er war 1971 als einziger für das Kriegsverbrechen, dem 504 Menschen, unter ihnen zahlreiche Frauen, Kinder und Greise, zum Opfer fielen, von einem Militärgericht zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Am ersten Tag nach der Urteilsverkündung wandelte *Nixon* die Gefängnisstrafe in Hausarrest um. Schon 1974 wurde *Calley* durch *Nixon* endgültig begnadigt[61]. Nicht „Milde", sondern „Absolution" für die eigene, Menschenrechte vollständig missachtende Kriegspolitik wurden zutreffend als ausschlaggebender Faktor für die Gnadenentscheidung ausgemacht[62].

Ebenso beweist ein Vorgang aus Brasilien, über den die F.A.Z.[63] berichtete, die Missbrauchsanfälligkeit der Begnadigung: Das Oberste Gericht in Brasília[64] hat das Präsidentendekret über die Begnadigung

bald die Krim" (http://www.deutschlandfunk.de/freigelassene-ukrainische-kampfpilotin-poroschenko-jetzt.1818.de.html?dram:article_id=355150); jeweils zuletzt besucht am 22. Januar 2018.

59 Vgl. den Bericht vom 19. Januar 2017 vom SRF (online): „Diese Begnadigungen von US-Präsidenten sorgten für Aufsehen", https://www.srf.ch/news/international/diese-begnadigungen-von-us-praesidenten-sorgten-fuer-aufsehen; zuletzt besucht am 20. Februar 2018.

60 Gegen eine Begnadigung aufgrund fehlender Reue auch: *Kodalle* in: *Kühl/Seher* (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Symposium für Udo Ebert zum siebzigsten Geburtstag, 2011, S. 401 (420).

61 Siehe die freie Enzyklopädie: https://de.wikipedia.org/wiki/Massaker_von_Mỹ_Lai; zuletzt besucht am 20. Februar 2018.

62 *Kodalle* in: *Kühl/Seher* (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Symposium für Udo Ebert zum siebzigsten Geburtstag, 2011, S. 401 (420 f.).

63 Vgl. FAZ.NET – POLITIK, Beitrag vom 30. Dezember 2017, „Gericht in Brasília annulliert Gnadenerlass" (http://plus.faz.net/politik/2017-12-30/6ba2abeceb3371550224ef62926a4bca?GEPC=s9); zuletzt besucht am 23. Januar 2018.

64 Suprimo Tribunal Federal (STF), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, no 5874 MC/DF.

verurteilter Straftäter in wesentlichen Teilen annulliert. Präsident *Michel Temer* hatte die Kriterien für die „Begnadigung zu Weihnachten" so modifiziert, dass vom traditionellen Gnadenerlass zu den Feiertagen künftig vor allem wegen Korruption verurteilte Politiker profitiert hätten. In ihrem Urteil wies die Vorsitzende Richterin *Cármen Lúcia* das Dekret als Angriff auf die Gewaltenteilung zurück: Durch die Erlasse wären Urteile der Justiz faktisch aufgehoben worden. Ein Gnadenerlass sei dazu gedacht, dem verurteilten Straftäter „die Chance zu geben, seinen Irrtum zu überwinden". Begnadigungen nach dem von *Temer* erlassenen Dekret wären künftig aber „einer Belohnung für Kriminelle und der Tolerierung ihrer Straftaten" gleichgekommen. Das Dekret hätte „faktische Straflosigkeit für Wirtschaftsverbrechen" gewährt.

Auch die Begnadigung des ehemaligen Staatspräsidenten von Peru *Alberto Fujimori* durch seinen Nachfolger *Pablo Kuczynski* am 24. Dezember 2017 löste Protestkundgebungen im Inland und heftige Kritik im Ausland aus. *Fujimori* hatte Peru von 1990 bis 2000 mit harter Hand regiert. 2007 wurde er wegen Bestechung, mehrfachen Mordes, des Einsatzes von Todesschwadronen und anderer schwerer Menschenrechtsverletzungen für schuldig befunden und zu 25 Jahren Gefängnis verurteilt[65]. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einer öffentlichen Anhörung über die umstrittene Begnadigung beraten. Das Gericht in San Jose (Costa Rica) soll prüfen, ob die Freilassung des Ex-Präsidenten gerechtfertigt war[66].

[65] Zu den Gründen der Begnadigung vgl. Art. 31 des peruanischen Gesetzes zur präsidialen Begnadigung, abrufbar unter: http://sistemas3.minjus.gob.pe/transparencia2/RM-0162-2010-JUS-reglamento.pdf. Zum Vorgang siehe die Beiträge in der Deutschen Welle vom 31. Dezember 2017: „Vargas Llosa und weitere Autoren geißeln Fujimoris Begnadigung" (http://www.dw.com/de/vargas-llosa-und-weitere-autoren-gei%C3%9Feln-fujimoris-begnadigung/a-41982886) sowie vom 05. Januar 2018: „Perus Ex-Präsident Fujimori nach Begnadigung frei" (http://www.dw.com/de/perus-ex-pr%C3%A4sident-fujimori-nach-begnadigung-frei/a-42034674; jeweils zuletzt besucht am 27. Februar 2018).

[66] Vgl. dazu den Bericht auf ZDF.de vom 03. Februar 2018: „Perus Ex-Präsident Fujimori – Gerichtshof prüft Begnadigung" (https://www.zdf.de/nachrichten/heute/perus-ex-praesident-fujimori-gerichtshof-prueft-begnadigung-100.html) sowie *Rötgers,* Peru: Interamerikanischer Gerichtshof entscheidet im Fall Fujimori (https://amerika21.de/2018/02/194785/peru-fujimori-begnadigung-idh-gericht); *Tyrell,* Ex-Diktator Alberto Fujimori begnadigt – nun hofft ein empörtes Volk auf ein neues Urteil in: *stern,* 08. Februar 2018 (https://www.stern.de/politik/ausland/peru--alberto-fujimoris-begnadigung-beschaeftigt-nun-den-idh-7855280. html); jeweils zuletzt besucht am 20. Februar 2018; *Neher,* CIDH: Begnadigung von Ex-Präsident Fujimori in Peru ist „Ohrfeige" für Opfer, amerika21 – Nachrichten und Analysen aus Lateinamerika: Der Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (CIDH) hat die Begnadigung des ehemaligen peruanischen Machthabers (1990-2000) Alberto Fujimori als eine

Neben Gnadenerweisen – wie in den beschriebenen Fällen – fußt nicht selten auch die Verweigerung der Begnadigung auf zweifelhaften politischen Gründen. Das gilt besonders für abweisende Gnadenentscheidungen in der ehemaligen DDR. Dort wurden in großer Zahl Gnadengesuche ohne Begründung, lediglich mit dem Verweis auf die negative Führung der Person abgelehnt[67]. Bemerkenswert ist der Fall von *Michael Gartenschläger,* der am 15. September 1961 durch das Bezirksgericht Frankfurt (Oder) wegen Diversion im schweren Fall in Tateinheit mit staatsgefährdenden Gewalttaten und staatsgefährdender Propaganda und Hetze im schweren Fall zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt worden war[68]. Den Gnadenerweis verweigerte die Gnadenkommission des Bezirks Frankfurt (Oder) am 16. September 1970 wie folgt: Aus dem Führungsbericht des Leiters der Strafvollzugsanstalt vom 26. August 1970 sowie aus der Stellungnahme des Verurteilten *Gartenschläger* vom 18. August 1970 gehe hervor, „daß aus den Verbrechen bisher keine Lehren gezogen worden sind und der Verurteilte Gartenschläger in seiner politischen Einstellung und Grundhaltung zu unserem Staat und zur sozialistischen Entwicklung eine feindliche Haltung hat. Er läßt trotz jahrelanger erzieherischer Einflußnahme nichts unversucht, zu provozieren, feindliche Gruppierungen zu schaffen und Mitgefangene aufzuwiegeln bzw. aus dem Strafvollzug auszubrechen und illegal nach Westdeutschland zu gelangen. Sein Ansinnen, legal nach Westdeutschland nach evtl. Haftentlassung ausgewiesen zu werden, beweist seine hartnäckige Haltung zu begangenen Straftaten gegen die DDR sowie seine intensiven Bemühungen, nach wie vor den Klassengegner zu unterstützen. […] Vom Verhalten des Verurteilten wird es abhängen, inwieweit nach Ablauf von zwei bis drei Jahren eine positive Entscheidung getroffen werden kann.“[69]

Ohrfeige für dessen Opfer bezeichnet. „Wir sind zu allererst den Opfern verpflichtet. Mit der Begnadigung brüskiert der (peruanische) Staat die Opfer Fujimoris“, so die Vorsitzende des CIDH, *Margarette May Macaulay,* bei einer öffentlichen Anhörung in der kolumbianischen Hauptstadt Bogotá (https://amerika21.de/2018/03/196761/peru-frauen-zwangssterilisation-cidh; zuletzt besucht am 08. März 2018).

67 Zu den (höchst wahrscheinlich) nicht Begnadigten gehörten etwa *Hans Blume* (einsehbar über den Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR (BStU), Zentralarchiv, MfS – AS 81/61, Band 1, Bl. 10, 69), *Walter Wolff* (a.a.O., Bl. 22 f.), *Werner Laabs* und *Fritz Fugmann* (a.a.O., Bl. 42, 83 86).
Zu den Begnadigten gehörten hingegen etwa *Fritz Jacobs* (BStU, Zentralarchiv, MfS – AS 81/61, Band 1, Bl. 30), *Ernst Kitzmann* (a.a.O., Bl. 32) und *Gerhard Poppe* (a.a.O., Bl. 34).

68 BStU, Archiv Außenstelle, MfS BV Frankfurt/Oder, AU 122/61, Band 6, Blatt 185 f.

69 Vgl. BStU, Archiv Außenstelle, MfS BV Frankfurt/Oder, AU 122/61, Band 11, Blätter 337–340. Mit Gnadenentscheid vom 24. Mai 1971 durch *Walter Ulbricht* wurde *Michael*

Im Angesicht dieser Vorgänge neigt man der weitsichtigen Einschätzung *Immanuel Kants* zu. Er formulierte zur Gnade: „Das Begnadigungsrecht *(ius aggratiandi)* für den Verbrecher, entweder der Milderung oder gänzlichen Erlassung der Strafe, ist wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu thun."[70] Doch das Grundgesetz vermag das Gnadenrecht von der Schlüpfrigkeit zu reinigen, wenn man jenes darauf anwendet, das Gnadenrecht also konstitutionalisiert.

II. Die Abolition

Der Begriff Abolition entstammt dem lateinischen Wort *„abolitio"* und bedeutete seinerzeit Abschaffung/Aufhebung[71], außerdem Amnestie/Begnadigung/Straferlass[72]. Abolition ist (heute) die Begnadigung eines einzelnen Straftäters (bzw. Angeschuldigten oder Angeklagten) vor erfolgter Verurteilung[73] (Aufhebung des Strafverfahrens). Es handelt sich also um die Niederschlagung eines Strafverfahrens vor dessen rechtskräftigem Abschluss[74]. Durch die Abolition entzieht die Exekutive den Angeklagten dem laufenden Strafprozess.

Gartenschläger die weitere Verbüßung der lebenslangen Zuchthausstrafe ab 04. Juni 1971 gänzlich erlassen (vgl. a. a. O., Band 13, Blatt 218). Er war in den Freikauf durch die Bundesrepublik Deutschland einbezogen worden und in den Westen ausgereist. Danach war er als Fluchthelfer tätig und wurde am 30. April 1976 bei dem Versuch des Abmontierens einer Selbstschussanlage der DDR auf deren Territorium an der deutsch-deutschen Grenze erschossen; seine sterblichen Überreste wurden am 10. Mai 1976 um 15 Uhr auf dem Schweriner Waldfriedhof anonym beigesetzt. Seine Schwester erfuhr erst nach der Wiedervereinigung, wo sich das Grab ihres Bruders befand (vgl. den Beitrag des Forschungsverbunds SED-Staat der FU Berlin zu Michael Gartenschläger, http://www.fu-berlin.de/sites/fsed/Das-DDR-Grenzregime/Biografien-von-Todesopfern/Gartenschlaeger_Michael/index.html; zuletzt besucht am 21. Februar 2018).

70 *Kant,* Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Der Rechtslehre 2. Teil, Das öffentliche Recht, § 49 E. II.

71 *Dorminger,* Wörterbuch Latein-Deutsch, 1992, „abolitio", S. 15; *Duden,* Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 1, 2. Aufl. 1993, „Abolition", S. 81; *Langenscheidt,* Universal-Wörterbuch Latein, Neubearb. 2010, „abolitio", S. 12.

72 Online-Latein-Wörterbuch („frag-caesar.de"), Stichwort „abolitio"; https://www.frag-caesar.de/lateinwoerter-buch/abolitio-uebersetzung.html; zuletzt besucht am 09. Januar 2018.

73 *Mörtel,* BayVBl. 1968, 81 (82).

74 *Creifelds,* Rechtswörterbuch, 21. Aufl. 2014, S. 10, „Abolition"; *Duden,* Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 1, 2. Aufl. 1993, „Abolition", S. 81; *Duden,* Fremdwörterbuch, Band 5, 10. Aufl. 2010, „Abolition".

Bereits im 19. Jahrhundert wurde das Abolitionsrecht der Landesherren durch einzelne Landesverfassungen entweder ganz (Titel VIII § 4 BayVerf 1818) oder für gewisse Arten (Art. 50 Hess.Verf) aufgehoben. Mitunter wurde die Ausübung der Abolition aber auch an ein Gutachten des Obersten Gerichts (§ 208 NLO Braunschweig[75]) oder an die Zustimmung des Landtags (Art. 49 Abs. 1 und 3 Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850[76]) geknüpft[77].

Das verbliebene landesherrliche Abolitionsrecht war Gegenstand der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Es hatte zu klären, inwieweit ein Abolitionserlass des Landesherrn Auswirkungen auf bereits eingelegte Revisionen gegen erstinstanzliche Urteile der Landgerichte haben konnte[78]. Dabei bestätigte das Reichsgericht stets die Zulässigkeit der landesrechtlichen Abolition[79]. Es beurteilte aber die Frage der Auswirkung auf eingelegte Revisionen unterschiedlich. Die Divergenzen betrafen die Stellung des noch jungen Reichsgerichts, die Auslegung der zeitgleich in Kraft getretenen Reichsjustizgesetze (u.a. des GVG und der StPO) und das „Wesen" des Abolitionsakts.

1896 war das Reichsgericht noch überzeugt, dass das landesherrliche Abolitionsrecht „seinem Wesen nach, nach seiner Quelle, nach der Persönlichkeit dessen, dem es zusteht, nach seinem Herrschaftsgebiete und seiner Wirksamkeit als eine durch den Souverän des einzelnen Landes auszuübende Befugnis der obersten Regierungsgewalt in diesem Lande aufzufassen" ist[80]. Es folgerte deshalb, dass der Abolitionsakt nur denjenigen staatlichen Stellen gegenüber Geltung und Wirksamkeit habe, die der staatlichen Gewalt des Bundeslandes unterworfen sind, dessen Regent die Abolition ausspricht. Das Reichsgericht als eine Gerichtsbehörde des Deutschen Reichs müsse „das landesherrliche Abolitionsrecht nur anerkennen […], wenn diese Verpflichtung aus den Vorschriften der Reichsverfassung oder der Reichsgesetze zu entnehmen wäre"[81].

Später argumentierte das Reichsgericht[82], dass der Begnadigungsakt (Abolitionsakt) kein staatlicher Befehl sei. Die historische Wurzel

[75] Http://www.verfassungen.de/de/nds/braunschweig/braunschweig32-index.htm; zuletzt besucht am 15. Januar 2017.
[76] Http://www.documentarchiv.de/nzjh/verfpr1850.html; zuletzt besucht am 23. Januar 2018.
[77] *Mörtel,* BayVBl. 1968, 81 (82).
[78] *RGSt* 28, 419 (419); 33, 204 (204).
[79] *RGSt* 28, 419 (421).
[80] *RGSt* 28, 419 (422).
[81] *RGSt* 28, 419 (423).
[82] *RGSt* 33, 204 (211).

des deutschen Begnadigungsrechts liege „in der von jeher anerkannten Befugnis des Souveräns, durch einen Akt ausgleichender Gerechtigkeit da einzugreifen, wo die materielle Gerechtigkeit durch die formale Rechtsprechung nicht den endlichen Ausdruck findet". Auch das Reichsgericht habe keine den Landesherren übergeordnete und von ihren Souveränitätsrechten losgelöste Stellung. Es gab damit seine frühere Ansicht auf und ließ auch revisionsgerichtliche Verfahren nach Erlass eines landesherrlichen Abolitionsakts einstellen.

In diesen beiden Entscheidungen zeigt sich bereits die schwierige Einordnung des Gnadenrechts in das bestehende Rechtssystem und die nicht sicher zu vermeidende Vermischung der Gnadenarten im Einzelfall oder abstrakt generell, vor oder nach rechtskräftiger Entscheidung.

Zumindest die Niederschlagung im Einzelfall wurde zunehmend als anstößig empfunden, weil noch keine Klarheit über die Straftat und ihre Verantwortlichkeit besteht und folglich Verzicht auf einen möglicherweise nicht bestehenden Strafanspruch erklärt wird. Dem Angeklagten wird die Möglichkeit genommen, dass durch einen Freispruch seine Unschuld festgestellt wird[83]. In der Weimarer Republik war die Abolition im Einzelfall schließlich nicht mehr zulässig. Art. 49 WRV erwähnt sie nicht. Dagegen wurde die Möglichkeit im NS-Staat wieder aufgegriffen. In Art. 2 Abs. 1 des ersten Gesetzes zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. Februar 1934[84] ist ausdrücklich bestimmt, dass der Reichspräsident neben dem Begnadigungsrecht das Recht ausübt, anhängige Strafsachen niederzuschlagen. Die am 06. Februar 1935 erlassene Gnadenordnung in Form einer Verwaltungsvorschrift umfasst ebenfalls das Niederschlagungsrecht im Einzelfall, § 3 Abs. 1[85]. Daneben verblieb die Möglichkeit, generelle Niederschlagungen gesetzlich zu regeln. In der DDR wurden Niederschlagungen, von Einzelfällen abgesehen, durch Gesetz geregelt[86].

[83] *Engisch,* Recht und Gnade in: *Freudenfeld* (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 108; unter anderem die Straffreiheitsgesetze von 1949 und 1954 haben diesem Umstand Rechnung getragen und sahen trotz Abolition die Möglichkeit der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung der Unschuld vor: §§ 16, 17 des Gesetzes über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (Straffreiheitsgesetz 1954; BGBl. I 1954, S. 203 [206 f.]).

[84] RGBl. I 1934, S. 91.

[85] Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen, DJ 1935, 203–212.

[86] Vgl. bereits das Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit v. 11. November 1949 (GBl. I 1949, S. 60 f.).

Das Grundgesetz knüpft an die Weimarer Reichsverfassung an und regelt in Art. 60 Abs. 2 GG nur die Begnadigungsbefugnis des Bundespräsidenten, erwähnt die Abolition jedoch nicht. Die Niederschlagung von Strafverfahren ist nicht mehr als Einzelmaßnahme, sondern nur noch als genereller Gnadenerweis für eine Vielzahl von Fällen in Gesetzesform zulässig. Nur so fügt sie sich auch in § 152 Abs. 2 StPO („soweit nicht gesetzlich ein anderes geregelt ist") ein als Ausnahme zum Legalitätsgrundsatz. Sie wird meist mit der Amnestie in sog. Straffreiheitsgesetzen verbunden. Die Abolition ist auch heute noch der Verzicht auf das staatliche Strafklagerecht, auf die richterliche Feststellung des Strafanspruchs, mithin der Verzicht auf den eventuell bestehenden Strafanspruch[87]. Bedenken ergeben sich vor allem aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG[88], der auch ein Verbot von gezielten Eingriffen der nichtrichterlichen Staatsgewalt, etwa durch gezielte Richterentziehungen von „außen" – vor allem durch Legislative oder Exekutive – enthält[89].

Wie die (Einzel-)Begnadigung auch ist die Abolition nur eine Einzelfallentscheidung in der Form eines Akts der Exekutive. Abzugrenzen ist die Abolition von der Einstellung des Strafverfahrens durch das Gericht. So handelt es sich beispielsweise im Fall von *Günter Hofé*[90] nicht um eine (Einzel-)Abolition. Der inhaftierte Verleger und Direktor des „Verlags der Nation" *Hofé* stand unter dem dringenden Verdacht, 15 Jahre lang für die Sowjets und das Ministerium für Staatssicherheit gearbeitet zu haben[91] und wurde im Tausch gegen mehrere in der DDR politisch Inhaftierte vorzeitig freigelassen[92]. Am 24. August 1964 setzte der Bun-

87 Vgl. dazu *Quaritsch,* Der Staat 395 (1992), 389, der jedoch den Begriff der Amnestie weiter als hier fasst und die Abolition dazuzählt.

88 Mit Recht bereits *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 304.

89 BVerfGE 82, 286 (298 f.); *Morgenthaler* in: *Epping/Hillgruber,* GG, 35. Edition (Stand: 15. November 2017), Art. 101, Rn. 15 u. 23. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch Art. 92 GG.

90 Auch der im Ringtausch von Agenten am 11. Februar 1986 freigelassene Mitarbeiter des polnischen Geheimdienstes, *Jerzy Kaczmarek,* wurde aus der Untersuchungshaft vor seiner (höchst wahrscheinlichen) Verurteilung entlassen; *Rehlinger,* Freikauf: die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1961–1989, 1991, S. 217 ff.; http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13517916.html; zuletzt besucht am 02. Februar 2018.

91 Vgl. den Beitrag „Handel mit Verrätern?" im Spiegel [Nr. 37, 1964] vom 09. September 1964; http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-46175217.html; zuletzt besucht am 02. Februar 2018.

92 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 166 u. 231. Unter diesen Freigekauften war *Benedikt Graf von und zu Hoensbroech,* der am 13. Juli 1964 wegen Fluchthilfe zu 10 Jahren Zuchthaus verurteilt worden war; *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 346, 349 f.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 95 f. Nach *Diekmann* (Hrsg., Freigekauft, Der

desgerichtshof ihn nach zehnmonatiger Untersuchungshaft auf Antrag des Generalbundesanwalts auf freien Fuß, bevor ein rechtskräftiges Urteil erging. Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung des BGH liegt bislang im Dunkeln[93]. Auch die Einstellung des Strafverfahrens gegen *Erich Honecker* vor dem Landgericht Berlin war keine (Einzel-)Abolition. In diesem Fall lasse – so der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin[94] – der Schutz der Menschenwürde des Angeklagten die Einstellung des anhängigen Strafverfahrens zu. Wegen der schweren Krebserkrankung von *Honecker* erkannte der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin[95], dass es

DDR-Menschenhandel, 2012, S. 42) musste die Bundesrepublik mit der Freilassung *Hofés* in „Vorleistung" gehen, ehe der zweite Freikauf an Häftlingen nach 1963 vollzogen werden konnte.

93 Bis heute sind offiziell weder die näheren Umstände bekannt, die zu *Hofés* Freilassung führten, noch wurde das Gesetz bekannt, auf das sich die Entlassung stützte. *Jagusch,* seinerzeit Richter am Bundesgerichtshof, setzte sich daraufhin überaus kritisch mit der Freilassung *Hofés* auseinander (vgl. den Beitrag „Handel mit Verrätern?" im Spiegel [Nr. 37, 1964] vom 09. September 1964; http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-46175217.html; zuletzt besucht am 28. Februar 2018). In einem weiteren Artikel wird gemutmaßt, dass die Rechtsgründe dieser Maßnahme eigentlich nur in einer Güterabwägung liegen könnten (ein Landesverräter gegen X politische Häftlinge); treffe das zu, hätte der Bundesgerichtshof erstmals sogar bei landesverräterischer Agententätigkeit den staatlichen Strafanspruch gegenüber anderen Gütern zurückgestellt (so *Jagusch,* der unter dem Pseudonym „Judex" veröffentlichte [vgl. *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 350; *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 162], Droht ein neuer Ossietzky-Fall? in: Spiegel Nr. 45, 1964; http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-46175943.html; zuletzt besucht am 02. Februar 2018). Ein übergesetzlicher Notstand, wie im Fall von *Oskar Neumann,* dessen Freilassung ebenfalls trotz bestehenden Haftbefehls und ohne Unterrichtung der Bundesrichter, aber zur Vermeidung des Vollzugs einer Todesstrafe auf Seiten der DDR (gegen *Heinz Benster*) erfolgte, kam für *Hofé* nicht in Betracht; vgl. dazu *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 292 ff., 298 ff., 350. § 153c StPO, wonach von der Strafverfolgung im öffentlichen Interesse abgesehen werden konnte, trat erst 1968 in Kraft (siehe dazu unten, Fn. 456).
Die Akten des Ermittlungsverfahrens gegen *Günter Hofé* (AZ beim Generalbundesanwalt: 5 (7) BJs 371/62) befinden sich unter den Archivsignaturen B 362 10804–10815 im Bundesarchiv – VS-Archiv – in St. Augustin.
Es wurde aber bereits im April 1964 vom damaligen Generalbundesanwalt *Ludwig Martin* darauf hingewiesen, dass in einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik die Staatsanwaltschaften jede Straftat ohne Ansehen der Person verfolgen müssten. Es bestehe damit ein Anklagezwang, welcher die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz nach Art. 3 GG sicherstellt und dafür sorgt, dass Angeklagte – etwa aus politischen Motiven – nicht fallengelassen werden können. *Günter Hofé* noch vor Abschluss des Ermittlungsverfahrens auf freien Fuß zu setzen, sei nur in einem Ausnahmefall möglich, und zwar dann, wenn ein „übergesetzlicher Notstand" vorliege, weil bspw. die Vollstreckung eines Todesurteils in der sowjetischen Besatzungszone verhindert werden müsse. Vgl. insoweit *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 77 f. m.w.N.

94 *BerlVerfGH,* NJW 1993, 515 (Leitsatz 5).

95 *BerlVerfGH,* NJW 1993, 515 (517).

für die weitere Durchführung des Strafverfahrens keinen rechtfertigenden Grund gebe. Das Strafverfahren erreiche seinen gesetzlichen Zweck nicht; es werde damit zum Selbstzweck. Die Strafkammer des LG Berlin stellte das Verfahren daraufhin nach § 260 Abs. 3 StPO ein.

In der DDR gab es Fälle von (Einzel-)Abolitionen. Im Jahr 1951 sprach der damalige Präsident der DDR, *Wilhelm Pieck,* auf der Grundlage von Art. 107 der DDR-Verfassung[96] im Rahmen einer etwa 160 000 bis 180 000 Fälle umfassenden Aktion nicht nur Begnadigungen aus, sondern schlug auch laufende Verfahren nieder[97]. Dabei wurde die (zu verhängende) Freiheitsstrafe den Angeschuldigten bzw. Angeklagten gänzlich im Gnadenwege erlassen, wenn eine Freiheitstrafe von nicht mehr als einem Jahr zu erwarten war; Angeschuldigten bzw. Angeklagten, bei denen eine Freiheitstrafe von mehr als einem Jahr bis max. drei Jahren zu erwarten war, sollte die (zu verhängende) Freiheitsstrafe zur Hälfte im Gnadenwege erlassen werden[98]. Auch die Strafverfahren von *Gerulf Pannach, Jürgen Fuchs, Christian Kunert, Kerstin Graf, Marian Kirstein* und *Bernd Markowski* wurden nicht zu Ende geführt[99]. Die späteren Gnadenordnungen der DDR sahen Abolitionen nicht vor. Nach den (vertraulichen) Gnadenordnungen der DDR vom 01. Januar 1954[100], 31. Oktober 1960[101], 19. November 1970[102] und vom 14. März 1988[103] konnten nur *Verurteilte* begnadigt werden, mithin *rechtskräftig erkannte* Strafen ganz

96 Art. 107 der DDR-Verfassung i.d.F. vom 07. Oktober 1949: „Der Präsident übt für die Republik das Begnadigungsrecht aus, wobei er von einem Ausschuß der Volkskammer beraten wird." (GBl. I 1949, S. 5 [13]).

97 Vgl. Rundverfügung Nr. 143/51 (AZ: 4250 E II – 1708/51) vom 18. Oktober 1951 (einsehbar über das Bundesarchiv) sowie BStU, MfS Zentralarchiv, Allg. S. 8/52, Band 1, Bl. 10 f.

98 Vgl. Rundverfügung Nr. 143/51 (AZ: 4250 E II – 1708/51) vom 18. Oktober 1951 sowie die Anlage des Schreibens der Volkskammer der DDR vom 15. Oktober 1951 an den Präsidenten der DDR; einsehbar über das Bundesarchiv.

99 Sie waren an der Unterschriftenaktion in Jena gegen die Ausbürgerung *Wolf Biermanns* beteiligt und wurden ohne Strafverfahren direkt aus der Untersuchungshaft freigekauft; vgl. dazu m.w.N. *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 65 f. Zum Lyriker und Schriftsteller *Jürgen Fuchs* vgl. auch *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 401 ff., der dazu zusätzlich die Namen von *Thomas Auerbach, Kerstin Graf, Wolfgang Hinkeldey, Gerd Lehmann, Walfred Meier, Michael Sallmann* und *Günther Schau* nennt.

100 In Kraft ab 01. September 1954 (§ 8 Abs. 1 GnO); einsehbar über das Bundesarchiv.

101 In Kraft ab 31. Oktober 1960 (§ 7 Abs. 1 GnO); einsehbar über das Bundesarchiv.

102 In Kraft ab 15. Dezember 1970 (§ 8 Abs. 1 GnO); BStU, MfS, Archiv der Außenstelle BV Magdeburg, Leiter des BV, Nr. 81, Bl. 0219–0223.

103 In Kraft ab 01. April 1988 (§ 8 Abs. 1 GnO), einsehbar über das Bundesarchiv.

oder teilweise erlassen oder in eine andere Strafe umgewandelt werden[104]. Zumindest in der Gnadenordnung von 1988 ist zwar ausdrücklich bestimmt, dass der Staatsrat über eine Amnestie durch Beschluss entscheidet und durch Amnestie einem *namentlich nicht bestimmten* Personenkreis nicht nur die für die Begehung der Straftat gerichtlich festgelegten, sondern auch die für die Begehung einer Straftat gesetzlich „angedrohten" Rechtsfolgen ganz oder teilweise erlassen werden konnten. Anhängige Strafverfahren konnten danach allerdings auch nach der Gnadenordnung von 1988 nur aufgrund eines Amnestiebeschlusses[105], nicht aber aufgrund einer (Einzel)Abolition niedergeschlagen werden.

III. Die Amnestie

Der Begriff Amnestie ist aus dem griechischen und lateinischen Wort *„amnestia"* (Vergessen oder Vergebung)[106] hervorgegangen und bezeichnet einen allgemeinen Gnadenerweis für eine unbestimmte Zahl von rechtskräftig verhängten, noch nicht vollstreckten Strafen. Ganz überwiegend werden auch Niederschlagungen einer Vielzahl von Strafverfahren als Amnestie bezeichnet[107]. Amnestien bedürfen eines Gesetzes. Dabei sind reine Amnestiegesetze, mit denen ein genereller Straferlass für rechtskräftig verhängte Strafen gewährt wird, von den Straffreiheitsgesetzen[108] zu unterscheiden[109], welche eine generelle Befreiung auch von der Strafverfolgung regeln. Amnestien sind zeitlich begrenzt durch den

[104] Vgl. §§ 2, 4 GnO DDR 1954; §§ 2 f. GnO DDR 1960; §§ 1, 4 GnO DDR 1970; §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3, 3 Abs. 2 GnO DDR 1988.

[105] Vgl. etwa Nr. 4 S. 1 des Amnestiebeschlusses des Staatsrates der DDR vom 27. Oktober 1989 (GBl. I 1989, S. 237) sowie Nr. 3 der Festlegungen des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR zur Durchführung des Beschlusses des Staatsrates über eine allgemeine Amnestie aus Anlass des 38. Jahrestags der Gründung der DDR (GBl. I 1987, S. 192); vgl. aber auch bereits §§ 3, 6 Abs. 1 u. 3 des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949 (GBl. I 1949, S. 60 f.).

[106] *Duden,* Fremdwörterbuch, Band 5, 10. Aufl. 2010, „Amnestie".

[107] *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 60, Rn. 32; *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, 6. Aufl. 2012, Art. 60, Rn. 13; *Pieper* in: Beck'scher Online Kommentar (BeckOK-GG), Art. 60, Rn. 7.1; *Engisch,* Recht und Gnade in: *Freudenfeld* (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 108; *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 14. Aufl. 1976, § 58, S. 303; *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 41.

[108] *Tilch/Arloth,* Deutsches Rechtslexikon, „Gnadenrecht", Band 2, G-P3, Auflage 2011.

[109] Bereits *Huber* (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band 4, Deutsche Verfassungsdokumente 1919–1933, 3. Aufl. 1991, Nr. 157, Fn. 31.

Stichtag, vor dem die Straftat liegt. Sie werden der Strafhöhe nach abgegrenzt und beseitigen – anders als die Rehabilitierung – weder das Urteil noch die Schuld des Straftäters.

Die allgemeine Amnestie kann – wie die Rehabilitierung – nur durch (Parlaments)Gesetz, hingegen nicht mehr durch einen Gnadenerweis des Staatsoberhaupts gewährt werden. Das sah bereits die Verfassung der DDR von 1949 vor (Art. 88 Abs. 2[110]), während die neue Verfassung vom 06. April 1968[111] (dort zunächst Art. 77[112], ab 1974 Art. 74 Abs. 2[113]) erstmals vorsah, dass der Staatsrat neben dem Begnadigungsrecht auch das Amnestierecht ausübt. In der Bundesrepublik Deutschland folgt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit auf dem Gebiet des Strafverfahrens und des Strafvollzugs (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG)[114]. Auch einige Landesverfassungen enthalten einen Gesetzesvorbehalt für Amnestien[115]. Da die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit beim Bund liegt, ist die praktische Bedeutung dieser Regelungen gering[116].

Wegen der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung müssen bei dem Erlass von Amnestiegesetzen neben objektivem Verfassungsrecht auch die subjektiven Rechte des Einzelnen beachtet werden[117]. Amnestiegesetze sind deshalb unter anderem am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 GG überprüfbar, auch wenn dem Gesetzgeber bei der Auswahl der Deliktstypen und dem Umfang der zu gewährenden Straffreiheit ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt wird[118]. Für ein Rehabilitierungsgesetz gilt das Gleiche.

110 GBl. I 1949, S. 5 (12); Art. 88 Abs. 2 Verfassung der DDR: „Amnestien bedürfen eines Gesetzes."

111 GBl. I 1968, S. 199 ff.

112 Der Staatsrat übt das Amnestie- und Begnadigungsrecht aus (GBl. I 1968, S. 199 [217]).

113 Vgl. § 27 Nr. 2 des Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 07. Oktober 1974 (GBl. I 1974, S. 425 ff. [429]); vgl. auch die insofern geänderte Gesamtfassung der Verfassung der DDR; GBl. I 1974, S. 432 ff. (450).

114 *BVerfGE* 2, 213 zum Straffreiheitsgesetz von 1949.

115 So Art. 52 Abs. 2 Verf BW, Art. 121 Abs. 3 Verf BR, Art. 44 Abs. 2 Verf HA, Art. 36 Abs. 2 Verf ND, Art. 59 Abs. 2 Verf NRW, Art. 103 Abs. 2 Verf RP und Art. 39 Abs. 2 Verf SH.

116 *Maunz* in: *Maunz/Dürig,* Grundgesetz (GG), 80. EL Juni 2017, Art. 74, Rn. 71.

117 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 122.

118 *BVerfGE* 10, 234 (246 ff.): Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz soll erst vorliegen, „wenn die vom Gesetzgeber für einzelne Tatbestände getroffene Sonderregelung offensichtlich nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist, wenn sich für sie also keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonstwie einleuchtend sind".

Wenn die Tatbestandsmerkmale eines Amnestiegesetzes erfüllt sind, besteht ein subjektives Recht auf Straferlass.

Beispiele für Straffreiheitsgesetze[119] sind: In der Kaiserzeit: das Straffreiheitsgesetz von 1914[120]; in der Weimarer Republik: das Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 4. August 1920[121], das Gesetz über die Straffreiheit für politische Straftaten vom 21. Juli 1922[122] sowie das Gesetz über Straffreiheit vom 20. Dezember 1932[123]; im NS-Staat: Straffreiheitsgesetze von 1933[124], 1934[125], 1936[126], 1939[127]; in der Nachkriegszeit: die Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit vom 03. Juni 1947[128]; in der DDR: das Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949[129], der Amnestieerlass des Staatsrats der DDR vom 03. Oktober 1964[130], die Beschlüsse des Staatsrats der DDR über eine Amnestie von 1979[131], 1987[132] und 1989[133]; in der Bundesrepublik Deutschland: Straffreiheitsgesetze von 1949[134], 1954[135], 1968[136], 1970[137].

119 Siehe auch *Seitter,* Die Rechtsnatur des Gnadenakts, Diss., 1962, S. 11.
120 JMBl. 1914, 656.
121 RGBl. I 1920, S. 1487.
122 RGBl. I 1922, S. 595.
123 RGBl. I 1932, S. 559.
124 RGBl. I 1933, S. 360.
125 RGBl. I 1934, S. 769.
126 RGBl. I 1936, S. 378.
127 RGBl. I 1939, S. 433.
128 Verordnungsblatt für die Britische Zone 1947, S. 68–70.
129 GBl. I 1949, S. 60 f.
130 GBl. I 1964, S. 135 f.
131 „Beschluß des Staatsrates über eine Amnestie aus Anlaß des 30. Jahrestages der Deutschen Demokratischen Republik vom 24. September 1979", GBl. I 1979, S. 281. Lediglich vier politische Häftlinge durften nach dieser Amnestie, welche 21 928 Strafgefangene betraf (*Roggemann,* ROW [Recht in Ost und West] 31 [1987], 281 [289 m.w.N.]), in die Bundesrepublik ausreisen (wie z.B. *Rudolf Bahro* und *Nico Hübner*); *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 284 f.
132 „Beschluß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine allgemeine Amnestie aus Anlaß des 38. Jahrestages der Gründung der Deutschen Demokratischen Republik vom 17. Juli 1987", GBl. I 1987, S. 191.
133 Vgl. jeweils die Beschlüsse des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine Amnestie vom 27. Oktober 1989 (GBl. I 1989, S. 237) und vom 06. Dezember 1989 (GBl. I 1989, S. 266).
134 Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit vom 31. Dezember 1949, BGBl. I 1949, S. 37.
135 Gesetz über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (Straffreiheitsgesetz 1954), BGBl. I 1954, S. 203.
136 Gesetz über Straffreiheit (Straffreiheitsgesetz 1968), BGBl. I 1968, S. 773.
137 Gesetz über Straffreiheit (Straffreiheitsgesetz 1970), BGBl. I 1970, S. 509. Damit sollten Straftaten der seit 1967 anhaltenden Studenten-Unruhen rückwirkend beseitigt werden; *Quaritsch,* Der Staat 395 (1992), 389 (400).

Ein Straffreiheitsgesetz, das eine Amnestie oder Abolition für bestimmte Straftaten gewährt, schafft einen Strafaufhebungsgrund. Wer in ihren Genuss kommt, hat aber meist keinen Anspruch auf einen Freispruch (Ausnahmen in den Amnestiegesetzen), sondern muss hinnehmen, dass das Verfahren gar nicht erst aufgenommen oder niedergeschlagen (eingestellt) wird. Auch in strafprozessualer Hinsicht besteht ein Unterschied zur Begnadigung, die als Straferlass durch die Exekutive im Einzelfall ein Vollstreckungshindernis (§ 452 StPO) schafft[138].

Amnestien[139] in Form eines Straffreiheitsgesetzes sind auch heute noch möglich. Das zeigt die aktuelle Fassung des Waffengesetzes[140]. Nach dessen § 58 Abs. 8 S. 1 wird *nicht* wegen unerlaubten Erwerbs, unerlaubten Besitzes, unerlaubten Führens oder wegen unerlaubten Verbringens einer unerlaubt besessenen Waffe oder Munition bestraft, wer diese am 6. Juli 2017 unerlaubt besessene Waffe oder Munition bis zum 1. Juli 2018 der zuständigen Behörde oder einer Polizeidienststelle übergibt, sofern keine Ausschlussgründe nach S. 2[141] vorliegen[142]. Eine ähnliche „Waffen-Amnestie" gab es bereits bei Inkrafttreten des (neuen) Waffengesetzes am 01. April 2003, allerdings nur bis zum Ende des fünften auf das Inkrafttreten des Gesetzes folgenden Monats[143]. Damals wurde Straffreiheit in-

138 Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 14, Rn. 18.

139 Zur Einordnung der Regelung als „Amnestie" vgl. den Online-Dienst des Deutschen Bundestags: „Einjährige Amnestie für illegalen Waffenbesitz beschlossen" (https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw20-de-waffengesetz/505110; zuletzt besucht am 22. Februar 2018); vgl. auch BT-Drs. 18/12397, S. 2, 5; 18/11938, S. 7 und 18/11239, S. 1, 4, 26 f. 37, 66 sowie *Heinrich* in: MüKo-StGB, Band 8, 3. Aufl. 2018, § 58 WaffG, Rn. 1 („eingeschränkte Amnestieregelung"). Aus § 58 Abs. 8 Satz 2 Nr. 1 WaffG kann gefolgert werden, dass es sich nicht um Amnestien, sondern um Niederschlagungen von Ermittlungsverfahren handelt.

140 Zweites Gesetz zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften vom 30. Juni 2017; BGBl. I 2017, S. 2133 ff.

141 Solche Ausschlussgründe sollen nach § 58 Abs. 8 S. 2 WaffG vorliegen (d.h. S. 1 gilt nicht), wenn entweder vor der Unbrauchbarmachung, Überlassung oder Übergabe dem bisherigen Besitzer der Waffe die Einleitung des Straf- oder Bußgeldverfahrens wegen der Tat bekannt gegeben worden ist oder der Verstoß im Zeitpunkt der Unbrauchbarmachung, Überlassung oder Übergabe ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der bisherige Besitzer dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste; vgl. Art. 1 (§ 58 Abs. 8 WaffG) des Gesetzes zur Neuregelung des Waffenrechts (WaffRNeuRegG) vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I 2002, S. 3970 [3993]).

142 Art. 1 Nr. 28 b) des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Waffengesetzes und weiterer Vorschriften vom 30. Juni 2017; BGBl. I 2017, S. 2133 (2137).

143 Vgl. Art. 1 (§ 58 Abs. 8 WaffG) u. 19 des Gesetzes zur Neuregelung des Waffenrechts (WaffRNeuRegG) vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I 2002, S. 3970 [3993 u. 4013]). 2009 wurde vorübergehend ebenfalls eine Amnestie ins Waffengesetz aufgenommen; vgl. Art. 3 Abs. 5 t) des Vierten Gesetzes zur Änderung des Sprengstoffgesetzes vom 17. Juli

des auch noch gewährt, wenn die Waffe an einen Berechtigten (zum Beispiel einen Waffenhändler) übergeben und durch diesen unbrauchbar gemacht wurde[144].

IV. Abgrenzung zu den gesetzlich geregelten „Gnaden"-Konstellationen[145]

Einige typische Fallgestaltungen wurden immer wieder in Gnadenverfahren entschieden und schließlich gesetzlich geregelt. Es kann von „Erfindungen des Gnadenrechts" gesprochen werden[146]. Die Gnadenordnungen der Länder stellen klar, dass eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung aufgrund einer gesetzlichen Regelung im Strafvollstreckungs- oder Strafvollzugsrecht vorrangig herbeizuführen ist und insofern einen Gnadenantrag ausschließt[147]. Bestehen gesetzliche Regelungen, welche Gnadenzwecke haben, sind diese vorrangig anzuwenden. Ein förmliches Gnadenverfahren ist nur möglich, wenn das Begehren des Verurteilten über eine solche gesetzliche Regelung hinausgeht. Die Gnade soll subsidiär gegenüber den gesetzlich geregelten Vergünstigungen sein[148].

2008; die Möglichkeit der straflosen Abgabe von unerlaubt besessenen Waffen bestand vom 25. Juli 2009 bis 31. Dezember 2009 (vgl. BGBl. I 2009, S. 2062 [2089]).

144 Vgl. Art. 1 (§ 58 Abs. 8 S. 2 WaffG) des Gesetzes zur Neuregelung des Waffenrechts (WaffRNeuRegG) vom 11. Oktober 2002 (BGBl. I 2002, S. 3970 [3993]).

145 Andere Terminologie: „Möglichkeiten des Strafvollstreckungsrechts", so *Birkhoff* in: *Müller/Schlothauer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 26, Rn. 21 ff.; verwendet wird auch der Begriff „gesetzliche Strafvergünstigungen", dafür *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 23.

146 *Birkhoff* in: *Müller/Schlothauer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 26, Rn. 21.

147 *Birkhoff* in: *Müller/Schlothauer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 26, Rn. 21 mit vielen Beispielen zu solchen gesetzlichen Regelungen.

148 *Blaich,* System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts, Diss., 2012, S. 109 ff.

1. Die sog. justitielle „kleine Gnade"

Die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung gemäß § 57 StGB ist reglementierte Gnade und lässt sich auch als justitielle „kleine Gnade" bezeichnen[149]. Dem Verurteilten wird es ermöglicht, sich in Freiheit zu bewähren, so dass ihm letztlich die Verbüßung des ausgesetzten Strafrests erlassen werden kann.

Bereits 1871 war die „vorläufige Entlassung" in §§ 23–26 RStGB geregelt, die in der Praxis aufgrund der kurzen Probezeit nur wenig Bedeutung erlangte[150]. Da die Regelung „infolge der weiterreichenden Möglichkeiten des Gnadenrechts zu einer toten Rechtseinrichtung geworden" war, wurde die „bedingte Entlassung" in § 26 StGB 1953 neugefasst, als ständige Einrichtung des Gnadenrechts beseitigt und zu einem echten Rechtsinstitut umgestaltet[151]. Bei *Kern/Roxin* wird die bedingte Entlassung deshalb nicht (mehr) unter den Begriff der Gnade gefasst[152].

Aus § 26 StGB 1953 wurde durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 04. Juli 1969 § 57 StGB. Die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung war aber nach wie vor nur bei zeitigen Freiheitsstrafen vorgesehen. Eine vorzeitige Entlassung von zu lebenslangen Freiheitsstrafen Verurteilten kam nur auf dem Gnadenweg in Betracht. Es ergingen zahlreiche Gnadenentscheidungen mit erheblichen Unterschieden in der durchschnittlichen Vollzugsdauer, so dass letztlich die volle Verbüßung wohl die Ausnahme darstellte[153]. Die Gnade war zum „Instrumentarium" geworden, die starre und unzureichende gesetzliche Lage in generalisierender Weise zu korrigieren[154]. Auch wenn § 57a StGB schließlich erst nach der Grundsatzentscheidung des BVerfGs zur lebenslangen Freiheitsstrafe (1977) eingefügt wurde, kann man doch von einer aus der Gnadenpraxis hervorgegangen Regelung sprechen, mit der eine vollstreckungsrechtliche Materie „verrechtlicht" wurde[155]. Ziel war die Sicherstellung des menschenwürdigen Vollzugs der lebenslangen Freiheitsstrafe.

149 *Pflieger,* ZRP 2008, 84 (84).

150 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 41.

151 Regierungsentwurf BT-Drs. 1/3713, S. 30; vgl. auch 3. Strafrechtsänderungsgesetz v. 04. August 1953, BGBl I 1953, S. 735; Bekanntmachung und Wortlaut des StGB BGBl I 1953, S. 1083 (1086).

152 *Kern/Roxin,* Strafverfahrensrecht, 11. Aufl. 1972, § 59, S. 296.

153 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 74; *BVerfGE* 45, 187 (241).

154 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 74. Eine derartige Wirkung befürchtete schon *de Candolle,* Le Droit de Grace, 1829, S. 13, 15.

155 *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (158); *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 76.

Nur im Rahmen einer gesetzlichen Regelung sei sichergestellt, dass der Verurteilte eine konkrete und realisierbare Chance auf Wiedergewinnung seiner Freiheit hat; denn lediglich das Gesetz könne Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit in einem den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Maße sicherstellen[156].

Nicht abschließend geklärt ist, in welchem Verhältnis der (neue) § 57a StGB zum Gnadenrecht steht. Der damalige Bundespräsident *Köhler* soll die Begnadigung des RAF-Terroristen *Christian Klar* im Jahr 2007 auch deshalb abgelehnt haben, weil ein Gericht zuvor in einem Verfahren nach § 57a StGB festgestellt hatte, dass die Schwere der Schuld eine Vollstreckung bis in das Jahr 2009 gebiete[157]. Mit seiner Gnadenentscheidung wollte er die Regelung in § 57a StGB nicht umgehen[158].

Dennoch schließt die Verrechtlichung der Gnade durch §§ 57, 57a StGB die Ausübung des Gnadenrechts in Fällen nicht aus, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschriften nicht erfüllt sind[159]. Vor allem Umstände, die sich nicht bereits im Rahmen von § 57a StGB berücksichtigen lassen, wie eine mit dem fortgesetzten Vollzug verbundene außergewöhnliche Härte trotz festgestellter besonderer Schwere der Schuld, können eine Begnadigung rechtfertigen[160]. Beachtung finden können insoweit auch innenpolitische Zwecke und zwischenstaatliche Beziehungen[161]. Das zeigt sich beispielshaft am Fall *Heinz Felfe,* einem der Top-Agenten des Ostens. Er arbeitete für den sowjetischen Geheimdienst KGB beim Bundesnachrichtendienst als Leiter des Referats „Gegenspionage Sowjetunion" und wurde wegen seiner Agententätigkeit im

156 *BVerfGE* 45, 187, 245 f.; *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (158 f.).

157 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 21.

158 Eingehend zur Begnadigung von *Christian Klar: Schall,* Gnade vor Recht oder Recht vor Gnade? in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 899 (904 ff.); gegen eine Begnadigung aufgrund fehlender Reue: *Kodalle* in: *Kühl/Seher* (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Symposium für Udo Ebert zum siebzigsten Geburtstag, 2011, S. 401 (418 ff.); zur Entscheidung Köhlers vgl. auch *Roellecke,* F.A.Z. vom 19. Mai 2007, Nr. 115, S. 36.

159 BT-Drs. 1/3713, S. 28.

160 *Schall,* Gnade vor Recht oder Recht vor Gnade? in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 899 (909); zu den Gnadengründen vgl. auch unten D.I.2.b).

161 Sog. Gnadengründe aus öffentlichen Verhältnissen: *Weyde,* Grundzüge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 37 f.

Juli 1963 zu 14 Jahren Haft verurteilt. Aber er erhielt bereits nach fünfeinhalb Jahren Haft (am 14. Februar 1969) die Begnadigungsurkunde[162] und wurde an die DDR übergeben[163] – im Tausch gegen Agenten westlicher Nachrichtendienste (BND) und gegen politische Häftlinge, darunter drei Heidelberger Studenten. Die Voraussetzungen des damaligen § 26 StGB 1953 waren im Fall *Felfe* nicht erfüllt. Von der „Umgehung" dieser Vorschrift durch die Ausübung des Gnadenrechts kann aber keine Rede sein.

2. Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens nach §§ 359–373a StPO

Die Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten wird als „einzige echte gesetzliche Alternativregelung zur Gnade"[164] bezeichnet. Damit konnten bereits vor Inkrafttreten des RStGB die Folgen einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung abgemildert werden[165].

Anders als bei der Strafaussetzung zur Bewährung nach §§ 57, 57a StGB liegt beim Wiederaufnahmeverfahren der „gnadenrechtliche" Charakter nicht auf der Hand[166]. Gnade soll einem Schuldigen gewährt werden; die Wiederaufnahme soll einem Unschuldigen zu seinem Recht verhelfen[167]. Dennoch sieht das BVerfG auch eine Funktion des Begnadigungsrechts darin, „etwaige Irrtümer der Urteilsfindung" auszugleichen[168]. Deshalb ist im Einzelfall zu bestimmen, ob bzw. welcher Raum für eine Gnadenentscheidung verbleibt[169].

[162] *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 154.

[163] *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, Eine Deutsch-Deutsche Beziehungsgeschichte, 2014, S. 115–117 u. 201; *Pötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 196 ff.; *Rehlinger,* Freikauf: die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1961–1989, 1991, S. 82 ff.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 204 ff. Zu *Felfe* ausführlich *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 179 ff., 192 ff., 200 ff. *Heinz Felfe* setzte danach sein Jurastudium an der Humboldt-Universität Berlin-Ost fort, promovierte und wurde anschließend zum Professor in der Sektion Kriminalistik berufen (*Pötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 203); zum beruflichen Werdegang siehe auch *Jenkis,* Der Freikauf von DDR-Häftlingen, 2012, S. 49, Fn. 30.

[164] *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 29.

[165] Ausführlich *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 29, 31 ff.

[166] Vgl. zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Frühform der Gnade in der Antike aber unten C. I.

[167] *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 30; *Maurer,* Das Begnadigungsrecht im modernen Verfassungs- und Kriminalrecht, 1979, S. 102 f.

[168] *BVerfGE* 25, 352 (360).

[169] Ausführlich dazu *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 250 ff.

3. Zur Begnadigung wegen Gesetzesänderung

Eine Gesetzesänderung kann für einen rechtskräftig Verurteilten bedeuten, dass die Beurteilung seiner Tat nach neuem Recht zu seinen Gunsten ausfiele. Eine Wiederaufnahme aus Rechtsgründen ist jedoch nur selten möglich (z. B. nach § 359 Nr. 6 StPO oder § 79 Abs. 1 BVerfGG). Zum Teil sind in Änderungsgesetzen aber Amnestieregelungen enthalten. So sah z. B. Art. 313 EGStGB einen Straferlass nach Inkrafttreten des neuen 2. StrRG zum 01. Januar 1975 für rechtskräftig verhängte Strafen wegen solcher Taten vor, die nach damals neuem Recht nicht mehr strafbar und auch nicht mit Geldbuße bedroht waren. Art. 313 EGStGB stellt aber keine Amnestieregelung für jegliche weitere Gesetzesänderungen dar[170]. In allen anderen Fällen besteht Raum für Gnade.

4. Zur Begnadigung von Amts wegen aufgrund geänderter Rechtsprechung

Ebenfalls Raum für Gnade besteht bei einer Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung für die nach alter Rechtsauffassung Verurteilten. Denkbar ist unter anderem, dass die Rechtsprechungsänderung bereits vor Urteilsspruch erfolgt, aber dem erkennenden Gericht nicht bekannt war, und sich zugunsten des Verurteilten ausgewirkt hätte[171]. In diesem Fall ist an ein „Fehlurteil" zu denken, bei dem eine Wiederaufnahme aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist (s. o.). Nur noch eine Gnadenentscheidung kann den „Irrtum in der Urteilsfindung" ausgleichen.

Die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu einem Straftatbestand kann aber auch nach rechtskräftiger Verurteilung zustande gekommen sein, und der nach alter Rechtsauffassung Verurteilte hätte nach neuer Auffassung freigesprochen oder nach einer milderen Strafnorm bestraft werden müssen. Als Beispiele genannt werden in der Literatur die Rechtsprechungsänderung zu reinen Sitzblockaden, die nach dem BVerfG-Urteil von 1995[172] i. d. R. keine Gewalt mehr i. S. v. § 240 StGB darstellen (wenn ihre Zwangseinwirkung auf den Genötigten nur

[170] So auch *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 253, Fn. 295; anders *Klein,* Gnade – Ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 18.

[171] *Birkhoff* in: *Müller/Schlothauer* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 26, Rn. 23; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 252.

[172] *BVerfGE* 92, 1 ff.

psychischer Art ist)[173], zur Rechtsfolgenlösung bei Mord (BGHSt 30, 105 ff.) oder zur Personenanzahl für die Annahme einer Bande (BGHSt 46, 321 ff.)[174]. Auch für diese Fälle kommt im Einzelfall nur noch der Gnadenweg in Betracht.

5. Die sog. „Weihnachtsamnestien"

Unter die „Verrechtlichung" der Gnade fällt auch das Strafvollzugsgesetz von 1976[175]. Zu Beginn der Bundesrepublik entwickelten die Länder eine Praxis, Strafgefangene mit Entlassungsdatum kurz vor Weihnachten bis kurz nach Neujahr noch im Dezember zu entlassen. Zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der Strafgefangenen wurde mit § 16 Abs. 2 StVollzG die vorzeitige Entlassung von Strafgefangenen aus dem Strafvollzug, deren Strafende u.a. in die Zeit vom 22. Dezember bis 2. Januar fällt, gesetzlich geregelt[176]. Trotzdem werden noch immer jährlich Gnadenerweise gegenüber Gefangenen erteilt, deren Strafende deutlich vor dem 22. Dezember liegt[177]. Diese werden irrtümlich häufig als „Weihnachtsamnestien" bezeichnet. Dabei handelt es sich mangels (Straffreiheits-)*Gesetzes* nicht um Amnestien[178]. Denn bei jedem Gefangenen wird im Prinzip einzeln geprüft, ob die Voraussetzungen für diesen Gnadenerweis erfüllt sind.

Durch generelle Rundverfügung eines Landesjustizministeriums werden die Staatsanwaltschaften ermächtigt, diejenigen Strafgefangenen, deren Strafende in einen in der Rundverfügung näher bezeichneten Zeitraum fällt, vorzeitig zu begnadigen (Sammelbegnadigungen)[179]. „Sammelbegnadigungen knüpfen […] an die Zugehörigkeit der dafür

173 *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 19.

174 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 252 f.

175 *Fischer,* Legitimation von Gnade und Amnestie im Rechtsstaat, Neue Kriminalpolitik, 4/2001, S. 21; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 70.

176 Mit teilweise geringfügigen Unterschieden ebenso: Art. 16 Abs. 2 StVollzG BW; Art. 18 Abs. 2 BayStVollzG; § 47 Abs. 2 StVollzG Bln; § 51 Abs. 2 JVollzG Bbg; § 43 Abs. 2 StVollzG Bbg; § 17 Abs. 2 HmbStVollzG; § 17 Abs. 1 S. 2 HStVollzG; § 43 Abs. 2 StVollzG MV; § 18 Abs. 2 NdsJVollzG; § 50 Abs. 2 StVollzG NRW; § 50 Abs. 2 JVollzG RP; § 43 Abs. 2 SaarLStVollzG; § 60 Abs. 2 LStVollzG SH; § 43 Abs. 2 SächsStVollzG; § 50 Abs. 2 JVollzGB LSA (jeweils bis 6. Januar); § 51 Abs. 2 ThürJVollzGB.

177 In allen Bundesländern außer Bayern und Sachsen.

178 *Wiontzek,* Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts, Diss., 2008, S. 89 f.

179 *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (163).

in Betracht kommenden Verurteilten zu einer bestimmten, allgemein umschriebenen Gruppe sowie an das Fehlen […] generell festgelegter Ausschlusskriterien" an[180]. Diese Praxis der „massenhaften Einzelbegnadigungen" entspricht nicht dem Gnadenerweis als Instrument des Einzelfalls[181]. Danach stellt die Begnadigung die Ausnahme aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls dar. Bei den über den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum hinausgehenden Weihnachtsamnestien ist jedoch die Gnadenentscheidung durch Rundverfügung die abstrakt generelle Regel. Lediglich entgegenstehende Gründe werden einzeln als Ausnahme geprüft. Das Strafvollzugsgesetz bzw. das jeweilige Landesstrafvollzugsgesetz wird als nicht ausreichend angesehen und *de facto* ausgedehnt[182], z.T. auch, um den ab dem Spätherbst vermehrt drohenden Überbelegungen von Strafanstalten entgegenzuwirken[183]. Gnade als „Mittel der Kriminalpolitik" entspricht jedoch nicht der Funktionsdefinition des Bundesverfassungsgerichts.

In der DDR gab es keine „echten" Weihnachtsamnestien. Im Rahmen der seit 1963 regelmäßig stattfindenden „Freikäufe"[184] durch die Bundesrepublik Deutschland wurden von Seiten der DDR zu Weihnachten zwar zusätzliche Freilassungen politischer Häftlinge – darunter auch länger Inhaftierter – gegen Geldzahlungen versprochen und veranlasst[185]. Diese Freilassungen geschahen entsprechend der gängigen Praxis bei den sog. Freikäufen regelmäßig indes als Strafaussetzung zur Bewährung oder durch Einzelbegnadigung[186], nicht aber durch Gesetz.

[180] *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (164).

[181] *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 199.

[182] *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 199.

[183] *Kodalle* in: *Kühl/Seher* (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Symposium für Udo Ebert zum siebzigsten Geburtstag, 2011, S. 401 (423).

[184] Vgl. dazu ausführlich unten, C. II. 5c)–e).

[185] *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 85.

[186] Vgl. dazu unten, C. II. 5.

C. Die historische Entwicklung des Gnadenrechts

I. Über die Gnade in der Antike und im Mittelalter

Im römischen Reich zu Beginn des Prinzipats[187] überwog die strenge, unflexible Natur des Rechts *(rigor juris).* Ein Begnadigungsrecht war – jedenfalls zu Friedenszeiten – nicht vorgesehen[188]. Das Vertrauen der Juristen in die Effizienz des *rigor juris* wich mit der Zeit aber einer kritischeren, die Freiheit stärker betonenden Sichtweise[189]. Mit ihr wurde auch die Begnadigung hoffähig[190]. Diese erging nicht in Form eines Willkürakts. Es handelte sich vielmehr um eine verfahrensrechtliche Möglichkeit[191], durch die vor allem Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt werden konnte[192]. Die Gnade wurde in Abgrenzung zum *rigor iuris* einer anderen Facette des Rechts, nämlich der Billigkeit oder *aequitas* zugeordnet[193].

Noch stärker verrechtlicht wurde die Begnadigung im mittelalterlichen Kirchenrecht; sie war ein wesentlicher Bestandteil des kirchlichen Bußverfahrens und ist bis heute innerrechtlicher Bestandteil des *Codex Iuris Canonici,* der im ersten Teil des sechsten Buchs einen eigenen Titel für den Straferlass enthält[194]. Die Dispensation von den Rechtsfolgen war und ist im kanonischen Recht in die Rechtsanwendung eingebettet[195].

187 Herrschaftsstruktur des Römischen Reichs in der frühen und hohen Kaiserzeit (27 v. Chr. bis 284 n. Chr.).

188 *Mommsen,* Römisches Strafrecht in: *Binding* (Hrsg.), Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 1899, 1. Buch, 3. Abschnitt, S. 32, Fn. 1; *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (49).

189 Vgl. *Ulpian* D.40.5.24.10: „[…] nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constitula".

190 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (49 f.).

191 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (49 f.).

192 Vgl. Corpus Iuris Civilis, Buch IX, Titel 51 des Codex Iustinianus, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelte (de sententiam passis et restitutis, übersetzt: Von den Verurteilten und wieder in den vorigen Stand Eingesetzten); vgl. *Otto/Schilling/Sintenis* (Hrsg.), Das Corpus Juris Civilis, 6. Band, 1832, S. 404 ff.

193 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (49).

194 Can. 1354 bis Can. 1363; vgl. http://www.codex-iuris-canonici.de/indexdt.htm; zuletzt besucht am 02. Februar 2018.

195 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (51).

Besonders von der Kirche ging im Mittelalter auch der Ruf nach Milde im Urteil aus[196]. Er gründete mit der Gnadenlehre, welche auf Wiedererlangung der durch Sünde verwirkten göttlichen Gnade gerichtet war, auf einem der zentralen Themen der christlichen Theologie[197].

Teile des weltlichen Rechts im Mittelalter waren ebenfalls durch einen einheitlichen Rechtsfindungsprozess geprägt, der sowohl das strenge Recht als auch die Gnade umfasste und beide Aspekte den rechtsprechenden Autoritäten zuwies. Diese selbst und nicht Dritte waren Gnadenträger. In Malefizfällen, also solchen, in denen die Todesstrafe drohte, hatte etwa in Luzern zunächst ein Ratsrichter der ordentlichen Jurisdiktion im Rahmen eines kleinen Rats zu entscheiden. Kam er zu dem Ergebnis, dass eine Malefizsache vorlag, stellte er die Schuld in einem Urteil fest und verwies die Sache an den Großen Rat. Dieser musste durch ein erstes Urteil festlegen, ob er das Verfahren nach dem Recht oder nach der Gnade fortsetzen wollte. Im letzten Fall war er frei, von der Verhängung von Strafen abzusehen oder aber Sanktionen auszusprechen[198].

Recht und Gnade können so bis in das Mittelalter hinein zumindest in gewisser Weise als zwei Seiten derselben Medaille angesehen werden, die bisweilen sogar von ein und derselben Autorität angewendet werden konnten. Die Gnade war in diesem Kontext ein Mittel, die unerbittliche Strenge des *rigor iuris* oder des gemeinen Rechts abzumildern, wo es der Billigkeit entsprach.

196 *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 8.

197 *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 9.

198 Sog. Richten mit oder nach Gnade, vgl. *BVerfGE* 25, 352 (359); *von Segesser,* Rechtsgeschichte der Stadt und Republik von Lucern, Band 4, 1858, S. 189–191; *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (52 f.). Nicht verschwiegen werden soll, dass die Ausübung des Gnadenrechts nicht selten mit der Ableistung einer Vermögensbuße an den Richter verbunden war (*Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 94), was nicht zu Unrecht als schändliche finanzielle Ausbeutung der Strafhoheit angesehen wurde (*Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 10; *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* [Hrsg.], Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 [53]); *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960, S. 8.

II. Über die Gnade in der Neuzeit

Mit der Neuzeit kam es zu einer Herrschaftsintensivierung und Zentralisierung der Macht. Territorial- und Nationalstaaten bildeten sich, Justiz und Gesetzgebung wurden im Wege der Gewaltenteilung voneinander getrennt[199]. Der überwiegende Teil der Gnadenbefugnisse wurde den Gerichten im Zuge dieser Trennung entzogen und der (Gesetzgebungs-) Kompetenz des Landesherrn zugewiesen[200]. Lediglich das Recht der Berufung und Wiederaufnahme des Verfahrens verblieb bei den Gerichten. Die Zuweisung des Gnadenprivilegs als Majestätsrecht wurde mit der fürstlichen Souveränität begründet, deren selbstverständlicher Ausdruck sie sei[201], und einer aus dem Naturrecht abgeleiteten Fürsorgepflicht des Landesherrn für seine Untertanen[202]. Vor allem das Erste basierte auf der gottgleichen, metaphysisch legitimierten Stellung eines Herrschers[203], der seine Macht von Gottes Gnaden ableitet[204] und auf dieser Grundlage vermeintlich göttliche Vergebung administriert[205]. Gnade war irrational, metaphysisch, transzendent. Die Verbindung von Herrschafts- und Begnadigungsbefugnissen in einem über dem Recht stehenden Souverän führte zum Spruch, die *Gnade gehe dem Recht vor.* Der König von Preußen ließ „Gnade für Recht"[206] und damit anstelle des Rechts ergehen. Die so verstandene Gnade diente nicht mehr nur der Abmilderung des strengen

199 Vgl. *BVerfGE* 25, 352 (359).

200 *Held,* Gnade und Recht in: *Böttcher/Hueck/Jähnke* (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 413 (414).

201 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (55); *Schepper,* Privileg und Gratia in den Burgundisch-Habsburgischen Niederlanden, 1400–1621. Eine historisch-theoretische Betrachtung in: *Dölemeyer/Mohnhaupt* (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich, Bd. 2, 1999, S. 225 (232 f.).

202 *Butz,* Bedeutung und Ausprägung von Gnadengewalt und Gnadensachen in der Entstehungsphase des modernen Verwaltungsrechts, 1975, S. 57; *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (56).

203 *Von Arnauld* in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (GG), Art. 60, Rn. 7, spricht auch von der „souveränen Willkür eines Gottkaisers".

204 Vgl. die Präambeln der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871 (RGBl. 1871, S. 63) und der Verfassung für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 (Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten 1850, S. 17); vgl. auch *BVerfGE* 25, 352 (359); *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 89 ff.; 124 f.; *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 7 f.

205 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Art. 60, Rn. 7.

206 Cabinets-Ordre vom 15. Oktober 1810; vgl. *Rabe,* Sammlung Preußischer Gesetze und Verordnungen, Zehnter Band, 1819, S. 436 f.

Rechts im Wege ausgleichender Gerechtigkeit. Sie wurde zu einem Herrschaftsinstrument, mit dem der Landesherr „den Glanz seiner Hoheit" demonstrieren konnte[207]. Willkür und politisch motivierter Diskriminierung waren Tür und Tor geöffnet. Die Rechtsunterworfenen konnten weder auf Gleichbehandlung noch auf eine Kontrollinstanz hoffen[208]. Doch es wurde schon damals die Frage gestellt, ob die Ausübung des Begnadigungsrechts durch den Regenten an Bedingungen zu knüpfen sei[209]. Das wurde mit dem später vom Bundesverfassungsgericht[210] aufgegriffenen Argument abgelehnt: „Wer kann urtheilen, ob Begnadigung v e r d i e n t sey?"[211]. Es sei „Unseliges Mißtrauen, welches a l l e […] Verhältnisse, an streng juristische Formen und Bedingungen knüpfen will"[212]. Auf diese Weise wurde die Begnadigung entrechtlicht[213]. Bereits die Rechtsphilosophie der Aufklärung (18. Jh.) verwarf deshalb den Gedanken der Gnade[214].

Die dargestellte Entwicklung erreichte mit der Kodifizierung durch das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) einen Rechtszustand, welcher die Grundlage für nachfolgende Regelungen in den deutschen Verfassungen bildete[215]. Danach stand das Begnadigungsrecht als alleiniges Recht dem Staatsoberhaupt zu[216]. Es konnte aber einer

207 *Kant,* Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Der Rechtslehre 2. Teil, Das öffentliche Recht, § 49 E. II.; *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (59).

208 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (62 f.).

209 *Mittermaier* in: *Abegg/Birnbaum/Heffter/Mittermaier/Wächter* (Hrsg.), Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. XIII (1833), S. 150.

210 *BVerfGE* 25, 352, 363.

211 *Mittermaier* in: *Abegg/Birnbaum/Heffter/Mittermaier/Wächter* (Hrsg.), Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. XIII (1833), S. 150 (151).

212 *Mittermaier* in: *Abegg/Birnbaum/Heffter/Mittermaier/Wächter* (Hrsg.), Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. XIII (1832), S. 150 (151).

213 *Butz,* Bedeutung und Ausprägung von Gnadengewalt und Gnadensachen in der Entstehungsphase des modernen Verwaltungsrechts, 1975, S. 57; *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (56).

214 *Dombois,* Gnadenrecht in: *Karrenberg* (Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, 5. Aufl., 1965, Sp. 533.

215 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 12; *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 63.

216 § 9 ALR Dreyzehnter Titel (*Koch,* Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 4. Band, 3. Aufl. 1863, S. 525) und § 590 der Preußischen Criminalordnung vom 11. Dezember 1805; *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 19; *Heun* in: *Dreier,* GG, 3. Aufl. 2015, Art. 60, Rn. 3; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 12; *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 95.

untergeordneten Behörde übertragen werden. Dadurch wurde das Gnadenrecht in das „Gebäude verwaltender Staatstätigkeit“[217] eingeordnet; es nahm weltlichen Charakter an.

1. Die Rechtsentwicklung im Deutschen Kaiserreich

Nach der Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849 (Paulskirchenverfassung) (§ 81 Abs. 1 S. 1)[218] sollte der Kaiser für Gnadenakte in Strafsachen zuständig sein, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörten. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (*Bismarck*-Verfassung) enthielt keine entsprechende Zuweisung des Begnadigungsrechts[219]. Diese ergab sich aus dem einfachen Recht: Nach der Strafprozessordnung vom 1. Februar 1877, § 484, war der Kaiser für die Begnadigung zuständig, wenn das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hatte[220]. Im Übrigen, d.h. bei erstinstanzlichen Entscheidungen durch Gerichte eines Bundesstaats, war das Landesstaatsrecht maßgebend, welches das Begnadigungsrecht und auch dasjenige der Abolition[221] den jeweiligen Landesherrn zuwies. Beispielhaft kann insoweit Art. 49 der Verfassung des preußischen Staats[222] benannt werden[223]. In der Erteilung der Gnade war der König von Preußen aufgrund seiner staatsrechtlichen Stellung frei und nur seinem Gewissen und Gott verantwortlich[224].

Das Verhältnis des Begnadigungs- und Abolitionsrechts von Landesherrn und Kaiser war Gegenstand zweier Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen[225], die aus rechtshistorischer Sicht vor allem im Hinblick auf die anklingenden rechtlichen Einordnungen des Begnadigungsrechts von Interesse sind. Sie beschreiben die Begnadigung als

[217] *Müller,* DVBl. 1963, 18 (20).

[218] § 81 Abs. 1 S. 1: In Strafsachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, hat der Kaiser das Recht der Begnadigung und Strafmilderung.

[219] Vgl. *von Liszt* (Hrsg.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band 1, Das Strafrecht der Staaten Europas, 1894, § 35.

[220] § 484: In Sachen, in denen das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hat, steht das Begnadigungsrecht dem Kaiser zu (RGBl. 1877, S. 253 [341]).

[221] Der Fortbestand des den Landesherrn zustehenden Abolitionsrechts wurde nicht infrage gestellt, obwohl dem Kaiser selbst durch die StPO ein solches Recht nicht eingeräumt worden ist – *RGSt* 33, 204 (209).

[222] Vgl. Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten 1850, S. 17 (23).

[223] Vgl. auch § 140 des Staatsgrundgesetzes des Herzogtums Sachsen-Coburg und Gotha, abgedruckt in: *RGSt* 33, 204 (209).

[224] *Loening,* DJZ 1896, 429 (431); *RGSt* 58, 263 (265).

[225] *RGSt* 28, 419 (419) und 33, 204 (204).

Recht, über das Strafrecht des Staats durch Verzicht zu disponieren[226]. Den historischen Wurzeln nach bestehe eine von jeher anerkannte Befugnis des Souveräns, „durch einen Akt ausgleichender Gerechtigkeit da einzugreifen, wo die materielle Gerechtigkeit durch die formale Rechtsprechung nicht den endlichen Ausdruck findet"[227].

Von seinem Recht der Begnadigung und Strafmilderung machte *Wilhelm II.,* König von Preußen und Kaiser des Deutschen Reichs, unter anderem anlässlich seines 25-jährigen Thronjubiläums Gebrauch, indem er 24 000 Straftäter am 12. Juni 1913 begnadigte[228]. Während des 1. Weltkriegs ergingen in jährlicher Abfolge eine ganze Reihe von allerhöchsten Gnadenerlassen[229], beginnend mit dem Erlass vom 04. August 1914[230], durch die nicht nur bereits verhängte Strafen erlassen, sondern zum Teil auch laufende Strafverfahren gegen Kriegsteilnehmer niedergeschlagen wurden[231]. Diese Beispiele zeigen deutlich, dass die Gewährung von Gnade durch Wilhelm II. nicht der ausgleichenden Gerechtigkeit im Einzelfall diente. Primär wurden politische Fernziele verfolgt. Während die Begnadigungen anlässlich des Thronjubiläums den Glanz seiner Herrschaft[232] und seine über dem Recht stehende Position verdeutlichen sollten und durch diese Symbolwirkung auch der Stabilisierung seiner Macht dienten[233], sind die Begnadigungen während des Ersten Weltkriegs darüber hinaus auch dem ganz naheliegenden Ziel der Verstärkung des eigenen Heeres geschuldet[234]. Die detailreichen, genauen Vorgaben im Hinblick auf die Voraussetzungen für den jeweiligen Straferlass lassen zwar eine gewisse Formalisierungstendenz erkennbar werden, inhaltlich änderte sich an der grundsätzlich über dem Recht stehenden Begnadigungsbefugnis des Kaisers und der deutschen Landesherren aber nichts.

226 *RGSt* 33, 204 (205).

227 *RGSt* 33, 204 (211).

228 *BVerfGE* 25, 352, 359; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 35; https://heimatundgeschichte.wordpress.com/2013/06/12/der-kaiser-feiert-sein-25-jahriges-thronjubilaum/; zuletzt besucht am 22. August 2017.

229 Vgl. *Jahr,* Gewöhnliche Soldaten: Desertion und Deserteure im deutschen und britischen Heer 1914–1918, Diss., 1998, S. 199.

230 Abgedruckt in: Der Kriegsausbruch 1914: Thron- und Kanzlerrede, Denkschrift und Aktenstücke, 1914, S. 67–69.

231 Vgl. zum Allerhöchsten Gnadenerlass vom 7. Januar 1916: *RGSt* 50, 386 (386).

232 Nicht ganz treffend: *BVerfGE* 25, 352 (359): „Abglanz des charismatischen Geistes".

233 Vgl. zur Instrumentalisierung der Gnade als Herrschaftsinstrument allgemein: *von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (58 f.).

234 Überläufer wurden durch entsprechende Klarstellungen des Kriegsministeriums explizit von den Gnadenerlassen ausgenommen; vgl. *Jahr,* Gewöhnliche Soldaten: Desertion und Deserteure im deutschen und britischen Heer 1914–1918, Diss., 1998, S. 199.

2. Die Rechtsentwicklung in der Weimarer Republik

Bereits vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung erging im Nachgang des Ersten Weltkriegs und im Zuge der Novemberrevolution durch den Rat der Volksbeauftragten am 12. November 1918 ein Aufruf an das Deutsche Volk, der in seinem Punkt 6 in sehr knapper Form für alle politischen Straftaten Amnestie gewährte und entsprechende anhängige Verfahren niederschlug[235]. Nur kurze Zeit später, am 03. Dezember 1918, wurde in Ergänzung dieses Aufrufs eine allgemeine Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit verabschiedet[236], durch die Strafverfahren wegen vor dem 09. November begangener Straftaten niedergeschlagen wurden, wenn es sich um Straftaten handelte, die mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht waren oder bei denen keine höhere Strafe als 6 Monate Gefängnis zu erwarten war, wenn sie aus Not, Unerfahrenheit oder infolge von Verführung begangen wurden (§ 1). Bereits rechtskräftig erkannte Strafen wurden erlassen, soweit sie nicht schwerer waren als Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 3 000 Mark (§ 2). Bei höheren Strafen war der Erlass der Strafe an weitere Bedingungen geknüpft (§ 3). Bemerkenswert ist, dass nach § 1 Abs. 5 S. 2 der Verordnung eine Anhörung des Beschuldigten vorgesehen war, bevor eine ihm ungünstige Entscheidung über den Straferlass ergehen konnte[237].

Im Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege wurden durch Verfügung des Preußischen Justizministers Bestimmungen über die Ausführung der Verordnung auf Landesebene erlassen[238]. Diese sahen für die Niederschlagung laufender Strafverfahren vor gerichtlicher Anhängigkeit des Verfahrens die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden für die Einstellung vor. Ein Gerichtsbeschluss musste aber herbeigeführt werden, wenn die Strafverfolgungsbehörde der Ansicht war, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Niederschlagung nicht vorlagen. Nach gerichtlicher Anhängigkeit war ohnehin ein Ge-

235 Vgl. den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918, RGBl. 1918, Nr. 153, S. 1303.

236 Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit und Strafmilderung vom 03. Dezember 1918, RGBl. 1918, Nr. 171, S. 1393–1395; ebenfalls abgedruckt im: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, S. 443–445.

237 § 1 Abs. 5 S. 2: „Der Beschuldigte ist vor einer ihm ungünstigen Entschließung zu hören."; vgl. RGBl. 1918, Nr. 171, S. 1393 (1394).

238 Ausführungsrichtlinien in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, S. 445–449.

richtsbeschluss erforderlich[239]. Im Hinblick auf das bereits erwähnte, im Zusammenhang mit der Niederschlagung von Straftaten stehende Recht auf Anhörung des Beschuldigten wurde festgelegt, dass ein Absehen von der Anhörung nur statthaft war, wenn die Einstellung des Verfahrens unzweifelhaft als geboten erschien[240]. Eine Anfechtung von Gerichtsbeschlüssen über die Nichteinstellung von Verfahren wurde aber ausdrücklich ausgeschlossen[241]. Für den Erlass bereits rechtskräftig erkannter Straftaten waren die Strafvollstreckungsbehörden zuständig. Kamen sie zu dem Schluss, dass die Voraussetzungen nicht vorlagen, so sollte die Sache dem Justizminister selbst zur Entscheidung vorgelegt werden[242].

Durch Art. 49 der erst Mitte 1919 in Kraft getretenen Verfassung des Deutschen Reichs („Weimarer Reichsverfassung")[243] wurde das Begnadigungsrecht aus der Kaiserzeit ohne nähere Umschreibungen übernommen und mit dem Reichskanzler einem parlamentarischen Staatsoberhaupt anheimgestellt[244]. Im Vergleich zu § 484 StPO vom 01. Februar 1877 ist aber hervorzuheben, dass dem Reichspräsidenten – anders als zuvor dem Kaiser – das Gnadenrecht nun nicht mehr *„zustand"*, sondern er es für das Reich nur noch *„ausüben"* sollte. Wesentliche inhaltliche Änderungen gingen mit der Neuzuweisung der Gnadenbefugnisse dennoch nicht einher. Lediglich das einer modernen Gesellschaft fremde, irrationale Element sollte entfallen sein[245]. Während die Niederschlagung von laufenden Strafverfahren, so wie sie noch durch die Verordnungen des Rats der Volksbeauftragten verfügt wurde, nicht mehr vorgesehen war, wurden Amnestien durch Art. 49 Abs. 2 WRV zugelassen. Sie bedurften eines Reichsgesetzes. Von dieser Möglichkeit wurde in der Weimarer Zeit

239 Punkt I.2. der Ausführungsrichtlinien in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, S. 445 (445).

240 Punkt I.4. der Ausführungsrichtlinien in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, S. 445 (446).

241 Punkt I.5. der Ausführungsrichtlinien in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, S. 445 (446).

242 Punkt II.8. der Ausführungsrichtlinien in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, 445 (448) – bezogen auf den Straferlass nach § 3 Abs. 2 der Verordnung vom 03. Dezember 1918 (RGBl. 1918, S. 1393 [1394]), wonach Verurteilten, die noch mehr als ein Jahr Freiheitsstrafe zu verbüßen haben, der Rest zur Bewährung nach Maßgabe von § 3 Abs. 1 erlassen wird, wenn die Erwartung gerechtfertigt ist, dass sie die Freiheit nicht zu neuen Straftaten missbrauchen werden.

243 RGBl. 1919, S. 1383 ff. (1393). Art. 49 Weimarer Reichsverfassung: Der Reichspräsident übt für das Reich das Begnadigungsrecht aus. Reichsamnestien bedürfen eines Reichsgesetzes.

244 *BVerfGE* 25, 352 (359 f.).

245 *BVerfGE* 25, 352 (360).

nicht nur vereinzelt Gebrauch gemacht. Etwa 25 Straffreiheitsgesetze wurden auf Bundesebene erlassen[246]. Daneben wurden Gnadenakte auch zum Ausgleich von strukturellen Mängeln des Gesetzes eingesetzt; vor allem Todesurteile wurden mit einiger Regelmäßigkeit durch Gnadenakte in Freiheitsstrafen umgewandelt, weil die Abschaffung der Todesstrafe auf gesetzlichem Weg nicht durchsetzbar war[247].

In den Ländern galten die Regelungen aus den Landesverfassungen. So wurde zum Beispiel durch die Landesverfassung des Freistaats Preußen das Recht der Begnadigung dem Staatsministerium[248] zugewiesen, welches es im Namen des Volkes auszuüben hatte (Art. 54 Abs. 1). Anders als in der WRV war nach wie vor auch die Niederschlagung einzelner anhängiger Strafsachen möglich. Allerdings bedurfte es dazu, wie auch für allgemeine Straferlasse, eines Gesetzes (Art. 54 Abs. 3).

Ebenso wie auf Bundesebene war auch in Preußen noch vor Verabschiedung der Landesverfassung[249] durch den Justizminister eine allgemeine Verfügung[250] ergangen, mit der die Gerichte ermächtigt wurden, die Strafvollstreckung für Freiheitsstrafen von nicht mehr als sechs Monaten unter Bewilligung einer Bewährung auszusetzen. Gewährt werden sollte die Strafaussetzung nur, wenn die Tat durch Leichtsinn, Unerfahrenheit, Not oder Verführung begangen wurde, nicht aber bei Verdorbenheit oder verbrecherischer Neigung (§ 2 Abs. 1). Neben den Umständen der Tat waren auch das Vorleben und das Nachtatverhalten in Form von aufrichtiger Reue und Wiedergutmachungswillen zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 2). Die Entscheidung über die Aussetzung sollte durch einen besonderen Gerichtsbeschluss ergehen, der zwar nicht anfechtbar war, aber mit Gründen versehen werden musste (§ 6).

Außerdem ergingen die allgemeinen Grundlagen der preußischen Gnadenpraxis bereits 1919 durch Verfügungen des Justizministers über die Zuständigkeit und das Verfahren in Gnadensachen[251] sowie die be-

246 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1789).

247 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 47.

248 Art. 44 der Verfassung des Freistaats Preußen vom 30. November 1920 (Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten [GS] 1920, S. 543 ff.): Das Staatsministerium besteht aus dem Ministerpräsidenten und den Staatsministern.

249 Die Verfassung wurde am 30. November 1920 beschlossen und am 30. Dezember 1920 verkündet.

250 Basierend auf einem Erlass der Preußischen Staatsregierung; Erlass und Verfügung sind abgedruckt in: Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, Nr. 333, S. 564–572.

251 Verfügung vom 19. Juni 1919, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, 341, sowie Verfügung vom 26. August 1919,

dingte Aussetzung der Strafvollstreckung[252]. Inhaber des Gnadenrechts in Preußen war danach die preußische Staatsregierung, in Teilen wurden die Gnadenbefugnisse aber auf die jeweils zuständigen Minister übertragen[253]. Die Vorbereitung der Entscheidung über die Bewilligung oder Ablehnung eines Gnadenerweises oblag – soweit die Gnadenbefugnisse dem Justizminister zustanden – Richtern, die in den verschiedenen Landgerichtsbezirken jeweils für die Dauer eines Jahrs zu Beauftragten für Gnadensachen bestellt wurden[254]. Die Anhörung des Beschuldigten war nicht vorgesehen[255], eine Begründungspflicht bei ablehnenden Gnadenbescheiden ebenso wenig[256]. Auch ein formelles Beschwerderecht gab es nicht. Bei Ablehnung des Gnadengesuchs konnte sich der Verurteilte aber mit einer Petition an den preußischen Landtag wenden[257]. Dieser entschied nach einer Vorprüfung durch den Ausschuss für das Rechtswesen in öffentlicher Vollversammlung[258]. In den Jahren von 1925 bis 1931 wurden auf diese Weise 5 244 Petitionen durch den Landtag behandelt. In immerhin 228 Fällen hielt der Landtag eine Abänderung der bisherigen Entscheidung für erforderlich, in 198 Fällen wurde dem Staatsministerium eine nochmalige Prüfung anheimgestellt[259].

Die schon zu Kaiserzeiten erkennbare Formalisierungstendenz setzte sich mit diesen auf Bundes- und Landesebene ergangenen Verordnungen fort. Geregelt wurde beispielsweise, worin die „Aufgabe des Begnadigungsrechts“ besteht[260]. Bemerkenswert ist, dass Entscheidungen über

Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, S. 405 ff.

252 Verfügung vom 19. Oktober 1920, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 82. Jahrgang 1920, S. 565.

253 Punkt I.3. der Verfügung vom 26. August 1919, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, S. 405 ff.

254 Punkt I.1. der Verfügung vom 19. Juni 1919, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, S. 341; zur Zuständigkeit der Beauftragten vgl. Punkt II. der Verfügung vom 26. August 1919, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, S. 405 ff.

255 Vgl. Punkte I.4.–7. der Verfügung vom 19. Juni 1919, Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 81. Jahrgang 1919, S. 341.

256 Vgl. *Grau/Schäfer,* das Preußische Gnadenrecht, 1931, S. 228 mit Mustern für ablehnende Gnadenbescheide.

257 *Cüppers,* NJW 1949, 921 (926).

258 *Grau/Schäfer,* das Preußische Gnadenrecht, 1931, S. 230.

259 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1789 f.).

260 Ausführungsbestimmungen des Justizministeriums vom 05. Mai 1922 zur Verordnung des Staatsministeriums vom 17. Dezember 1919 über die Zuständigkeit zu Begnadigungen und Kostennachlässen, Justizministerialblatt für Baden 1922, S. 104: „Aufgabe des Begnadigungsrechts ist es, Härten und Unbilligkeiten zu beseitigen, die sich aus der Anwendung des Strafgesetzes auf den einzelnen Fall und daraus ergeben können,

die Niederschlagung von Strafverfahren im Rahmen der Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit von 1918 durch die Ausführungsbestimmungen Preußens entweder vollständig oder jedenfalls, soweit eine Ablehnung im Raum stand, den Gerichten zugewiesen wurden. Das Recht auf Anhörung des Beschuldigten wurde ebenso gewährt wie die Pflicht, die gerichtliche Entscheidung über die Strafaussetzung zu begründen. In Preußen bestand außerdem die Möglichkeit, Gnadenentscheidungen durch den Landtag überprüfen zu lassen. Es wurde gefordert[261], dass die „gesetzliche Regelung der Einzelbegnadigung" erfolge. Trotz der inhaltlich unveränderten Übernahme der über dem Recht stehenden Gnadenbefugnisse des Kaisers durch die WRV hielten dadurch rechtsstaatliche Elemente Eingang in die Entscheidungen über das Absehen von Strafe und die Niederschlagung von Strafverfahren. Nicht verwunderlich war es deshalb, dass sich Amtsträger, welche im Wege der Delegation Gnadenbefugnisse ausgeübt haben, gemäß § 332 StGB strafbar machen konnten, wenn sie bei der Ausübung von Gnadenbefugnissen kein pflichtgemäßes Ermessen im Hinblick auf das allgemeine Wohl ausübten, sondern persönliche Vorteile erstrebten. Die Stellung eines über dem Recht stehenden Staatsoberhaupts erhielten sie durch die Delegation der Gnadenbefugnisse nicht; die Ausübung von Gnadenbefugnissen unterschied sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen insoweit nicht von sonstigen Verwaltungstätigkeiten[262].

daß nach der Rechtskraft des Straferkenntnisses wesentliche neue Tatsachen eintreten oder bekannt werden, die im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens zur Geltung gebracht werden können. Gnadengesuche eignen sich nicht als Ersatz für Rechtsmittel."

261 Vorschlag 310, § 488 (neu) Abs. 1: „Über Anträge auf Einzelbegnadigung entscheiden die nach den Verfassungen des Reichs und der Länder bestimmten Stellen nach den mit Gründen zu versehenden Vorschlägen der mit der Bearbeitung von Gnadensachen beauftragten Strafkammer." Abs. 2: „Für diese Sachen sind die Strafkammern zuständig, denen Strafsachen gegen Jugendliche zugewiesen werden. § 17 des Jugendgerichtsgesetzes ist anwendbar." Abs. 3: „Auf Antrag eines Beteiligten ist mündliche Verhandlung anzuberaumen, für die Mittel der Glaubhaftmachung zulässig sind."; *Bendix,* Die Neuordnung des Strafverfahrens, Gegenvorschläge zu den drei Regierungsvorlagen von 1920, 1921, S. 370.

262 *RGSt* 58, 263 (265 f.).

3. Die Rechtsentwicklung im NS-Staat

Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurden die Souveränität der Länder durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934[263] aufgehoben (Art. 2) und die Länderparlamente (Art. 1) sowie in der Folge auch der Reichsrat beseitigt. Mit dem Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches vom 01. August 1934[264] sind schließlich das Amt des Reichspräsidenten und das des Reichskanzlers vereinigt und auf *Adolf Hitler* übertragen worden. Er wurde dadurch nicht nur Inhaber der gesamten Staatsgewalt, sondern gemäß § 8 des Reichsstatthaltergesetzes vom 30. Januar 1935 auch alleiniger Träger des Gnadenrechts[265]. Der Führerstaat hatte eine personale, gewaltenteilungsfeindliche Herrschaftsstruktur[266].

Schon während der Weimarer Republik wurde deren Gnadenpraxis hart kritisiert. *Baumbach* forderte die Einschränkung des Gnadenwesens[267]. Sie folgte mit der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten. „Der […] Wandel, den der Nationalsozialismus auf dem Gebiete des strafrechtlichen Denkens gebracht" hatte, schlug sich im Gnadenrecht nieder. „Die Achtung vor den Gerichten des autoritären Staates, die eine Grundbedingung jeder volksverbundenen Rechtspflege" sei, verlange „grundsätzlich eine unnachsichtliche und rückhaltlose Vollstreckung der von diesen Gerichten verhängten Strafen"[268]. Diese Prämisse schlug sich in einem nicht unerheblichen Rückgang von Gnadenerweisen nieder. Während in Preußen im Jahr 1932 bei 377 362 Verurteilten immerhin 67 150 Gnadenerweise ausgesprochen wurden, waren es im Jahr 1937 für ganz Deutschland bei 438 493 Verurteilten nur noch 37 551[269]. Ab 1943 gingen die sehr geringen Chancen der zum Tod Verurteilten nahezu gegen Null[270].

263 RGBl. I 1934, S. 75.
264 RGBl. I 1934, S. 745.
265 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1790).
266 *Seitter,* Die Rechtsnatur des Gnadenakts, Diss., 1962, S. 49.
267 DJZ 1928, 38 (41).
268 Preußisches Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht, Gesetz vom 01. August 1933, Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten (GS) 1933, 53 (302 f.).
269 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1791).
270 *Schädler,* Justizkrise' und Justizreform' im Nationalsozialismus, Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942–1945), 2009, S. 322. Recherchen im Bundesarchiv in Berlin (dort die Akten des Reichsjustizministeriums) ergeben am 06. Mai 2015, dass die Abschriften der sog. Gnadenakte vernichtet sind, so *Winfried Ponsens,* Dossier einer Hinrichtung: Gabriel Weber – ein Gedenken (https://www.dossier-hinrichtung-gabrielweber.de/ohne-gnade/; zuletzt besucht am 28. Februar 2018).

Anfangs galt für Preußen das Gesetz über das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 01. August 1933[271]. Darin wurden „Grundsätze für die Handhabung der Gnade" aufgestellt und „das Verfahren in Gnadensachen" bestimmt[272]. „Gegen die Ablehnung des Gnadengesuchs" war freilich „eine Beschwerde nicht vorgesehen. Der Verurteilte" konnte „beim Justizminister Abhilfe nachsuchen; dieser" befand „dann darüber, ob er in eine sachliche Prüfung eintreten oder das Gesuch dem Oberstaatsanwalt zur Prüfung und weiteren Veranlassung abgeben"[273] wollte.

Später wurde der größte Teil der Gnadenentscheidungen dem Reichsjustizminister übertragen[274]. Er erließ und publizierte am 06. Februar 1935 eine Gnadenordnung, die bereits „integraler Bestandteil des NS-Unrechtssystems" war[275], in der späteren Bundesrepublik Deutschland aber noch lange fortwirkte. Sie regelte den Umfang des Gnadenrechts, welches nunmehr auch wieder das Niederschlagungsrecht im Einzelfall umfasste (§ 3 Abs. 1[276]), und das Gnadenverfahren eingehend[277]. Gnadenbehörde war grundsätzlich die Vollstreckungsbehörde (§ 4 Abs. 1). Eine Anhörung des Gnadesuchenden war nicht vorgesehen[278], eine Begründungspflicht für die Mitteilung der Entscheidung ebenso wenig (§ 19). Anders als nach dem Recht Preußens gab es eine Beschwerdemöglichkeit zur jeweils übergeordneten Stelle (§ 37)[279]. Eine nahezu identische Gnadenordnung erging durch den dafür zuständigen Reichsminister der Finanzen für den Bereich der Steuerzuwiderhandlungen[280]. Im Vergleich zur Weimarer Republik ging die Anzahl begnadigter

271 Preußisches Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht, Gesetz vom 01. August 1933, Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten (GS) 1933, 53 (53).

272 *Von Haacke/Schäfer,* Das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 01. August 1933, 1933, S. 9.

273 *Von Haacke/Schäfer,* Das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht vom 01. August 1933, 1933, S. 22.

274 Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ausübung des Gnadenrechts vom 01. Februar 1935, RGBl. I 1935, S. 74 f. (Punkt II.1.); *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1791).

275 *Görtemaker/Safferling,* Die Akte Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 193.

276 Vgl. auch § 18 Abs. 5, wonach die Niederschlagung nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände zulässig war.

277 Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen, DJ 1935, 203–212.

278 Angehört werden mussten aber das Gericht des ersten Rechtszugs und die Strafanstalt, in welcher der Verurteilte seine Strafe verbüßte (§ 8).

279 *Schulz,* ZStW 1939, 251 (276).

280 In Auszügen abgedruckt im Reichssteuerblatt 1937, S. 421 ff.

Straftäter auf der Grundlage des neuen Rechts und im Zuge der Umsetzung nationalsozialistischer Doktrin erheblich zurück[281].

Im Gegensatz zur Verordnung des Reichsjustizministers sah die Gnadenordnung für die Wehrmacht vom 01. Juli 1938 die Bearbeitung der Gnadengesuche durch ein Gericht vor (§ 5). Eine Anhörungspflicht des Verurteilten bestand zwar ebenfalls nicht (vgl. § 9), die Gnadenentscheidung musste aber eine Sachdarstellung enthalten, welche die gleiche Sorgfalt, wie allgemein die Abfassung von Urteilsgründen, erforderte (§ 12 Abs. 5).

Aus Anlass der Mobilmachung[282] ergingen am 01. September 1939 nicht nur ein „Gnadenerlaß des Führers und Rechtskanzlers für die Wehrmacht"[283], sondern in der Folge auch Gnadenerlasse für die Zivilbevölkerung[284], für Rechtsanwälte und Notare[285] sowie für Beamte[286], die in unterschiedlichem Umfang Amnestien für bereits abgeurteilte Straftaten bzw. Dienstvergehen und Niederschlagungen laufender Verfahren vorsahen. Am weitesten ging insoweit der Erlass für die Wehrmacht, welcher sich nicht nur auf den vollständigen Erlass von Gefängnisstrafen von nicht mehr als sechs Monaten erstreckte (§ 2 Abs. 1 Nr. 3), sondern darüber hinaus auch ein Aussetzen der Strafe zur Bewährung vorsah, wenn die Gefängnisstrafe ein Jahr und sechs Monate nicht überstieg (§ 4 Abs. 1 Nr. 2). Der bereits eingangs erwähnte Zusammenhang mit der Mobilmachung zeigt ebenso wie eine Entscheidung des OLG Breslau über die Nichtanwendung des Erlasses auf Personen, die nur zeitlich begrenzt zu einer militärischen Hilfeleistung herangezogen wurden[287], dass erneut nicht der zu Begnadigende im Mittelpunkt der Amnestien und Niederschlagungen stand, sondern – ebenso wie bei den Gnadenerlassen während des ersten Weltkriegs – die Verstärkung der Armee. Entsprechend nationalsozialistischer Denkweise war das „Kriegserlebnis der Volksgesamtheit der eigentliche Grund des Gnadenerweises"[288]. Die Gnadenerlasse sollten „die Volksgesamtheit bei ihrem Eintritt in den Daseinskampf des Krieges von der Belastung befreien, die sich aus minder

281 Vgl. *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1790 f.).
282 So ausdrücklich das Schreiben des Oberkommandos des Heeres Nr. 1250/39 g HR VI vom 25. August 1939.
283 RGBl. I 1939, S. 1549 ff.
284 RGBl. I 1939, S. 1753 ff.
285 RGBl. I 1939, S. 2342 f.
286 RGBl. I 1939, S. 2103 f.
287 *OLG Breslau,* JW 1940, 1841 (1841).
288 *RG,* DR 1941, 1403 (1404).

bedeutsamen vor Kriegsausbruch verübten Straftaten ergeben hatte“[289]. Es galt zu vermeiden, „Kräfte zu binden, die für die Kriegsziele eingesetzt werden konnten“[290]. Der Gnadenerlass sollte die Kräfte des Täters „für wichtige Aufgaben im Kriege frei machen“[291]. Kriegssituative Nützlichkeitserwägungen bildeten wichtige Entscheidungsparameter[292]. Daneben sollten sich die Betroffenen durch den aktiven Wehrdienst von einer gewissen Dauer die Vergünstigung in Form des Straferlasses verdienen[293]. Als kurz vor Ende des Zweiten Weltkriegs und dem Fall des Dritten Reichs die Gnadenausübung eher hinderlich wurde und Fahnenflucht unter allen Umständen unterbunden werden sollte, ordnete Hitler im Zusammenhang mit der Einrichtung eines „Fliegenden Standgerichts“ dann aber den vollständigen Entfall des Gnadenrechts an[294].

Das Gnadenrecht im NS-Staat wies damit „ausgesprochen autoritäre Züge“ auf[295]. Die Gnadenausübung war die verschiedenen Phasen der Diktatur hindurch der nationalsozialistischen Doktrin und den verfolgten Zielen untergeordnet[296]. Soweit der „Führer“ selbst die Entscheidung über die Begnadigung traf, war sie von jeder Kontrolle frei[297]; sie erging in totaler Ungebundenheit an irgendwelche geschriebenen Regeln[298]. Seine Entscheidungen waren „rechtsschaffende Führerakte im Bereich der Rechtspflege“. In ihnen trat – so *E. R. Huber*[299] – „die oberste Gerichtsgewalt des Führers sinnfällig hervor“. Dem „Führer“, der alle Hoheitsrechte und mit ihnen auch die Gnadenbefugnis in sich vereinigte[300], wurde mit einiger Verklärung die gleiche hoheitliche Stellung und uneingeschränkte Macht zugesprochen, welche absolutistische Herrscher in der Vergangenheit schon für sich reklamierten. Die echte Gnade könne nur von einer legitimen Autorität und Obrigkeit ausgehen; sie vermöge, von einem „Tyrannen“ ausgesprochen, den Betroffenen „mehr zu beugen, als

289 A.a.O.
290 A.a.O.
291 *RWiG,* DR 1941, 346 (347).
292 *Theis,* Wehrmachtsjustiz an der „Heimatfront“, 2016, S. 419.
293 So ausdrücklich *OLG Breslau,* JW 1940, 1841.
294 Anordnung vom 09. März 1945, abgedruckt in: *Absolon,* Das Wehrmachtsstrafrecht im 2. Weltkrieg, 1958, S. 221.
295 *Förster,* JR 1950, 609 (610).
296 Im Einzelnen *Löffelsender,* Strafjustiz an der Heimatfront, 2012, S. 448–450.
297 *Görtemaker/Safferling,* Die Akte Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 191.
298 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (210); der Beschluss des Großdeutschen Reichtags vom 26. April 1942 (RGBl. I 1942, S. 73) erklärt, dass der „Führer“ an „bestehende Rechtsvorschriften“ nicht „gebunden“ war.
299 Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1937/1939, S. 281.
300 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (210).

die härteste Strafe“[301]. Der Rückgriff auf eine „metaphysische Ableitung der Herrschaftsordnung“[302] stellte den Gottesbezug und das Gottesgnadentum freilich nicht mehr in den Vordergrund[303]. Stattdessen wurde ein innerer Zusammenhang zwischen der „Glückhaftigkeit“ und dem tiefsten Sinn der Gnade herausgestellt; täterbezogene Umstände seien hingegen nicht der Grund, sondern bestenfalls der Anlass für eine Begnadigung[304].

4. Die Rechtsentwicklung in der Nachkriegszeit

In der unmittelbaren Nachkriegszeit ging es unter anderem darum, Strafen, „die nationalsozialistischen Grundsätzen entsprungen waren, und solche, die unter den harten Notwendigkeiten des Krieges erkannt worden und nicht mehr gerechtfertigt waren, aufzuheben oder zu mildern“[305]. Daneben stellte sich auch die bereits einleitend angesprochene Frage der Begnadigung von Kriegsverbrechern.

In den Ländern der französischen und amerikanischen Besatzungszone wurden unter Aufhebung der Gnadenordnung von 1935 neue Bestimmungen erlassen; sie hielten aber im Allgemeinen an den Grundätzen der Gnadenordnung von 1935 fest[306]. In der britischen Zone regelte die Verordnung zur Neuregelung des Gnadenrechts vom 21. Februar 1949[307] das Gnadenwesen. Für Urteile, die nach Kriegsende von deutschen Gerichten erlassen wurden, übertrug die Militärregierung die Ausübung des Gnadenrechts auf den Ministerpräsidenten des jeweiligen Landes der britischen Besatzungszone[308]. Dabei stützten sich die deutschen Organe ebenfalls weiter auf die Gnadenordnung von 1935[309]. Man nahm an, dass

301 *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 115.

302 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1791); *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 17 (19).

303 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (210): „Göttliche Gnade oder Gerechtigkeit zu üben, sind wir Menschen jedoch weder befugt noch berufen.“; vgl. auch *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 118 f.: Die Gnade „ist weder ein humanistischer, noch ein christlicher, oder germanischer Gedanke“.

304 *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 114.

305 *Junker,* ZStW 1951, 428 (430).

306 *Junker,* ZStW 1951, 428 (428 f.); siehe Gnadenordnungen bei *Wahl,* Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1954.

307 Verordnungsblatt für die Britische Zone 1949, Nr. 9, S. 53. Eine detaillierte Wiedergabe der Rechtsquellen findet sich bei *Förster,* JR 1950, 609 f., Fn. 4–9 und bei *Wahl,* Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1954.

308 Amtsblatt Nr. 27 der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, Verordnung Nr. 67, S. 362 f., Art. V.

309 *Nöldeke,* ZJBl. (brit. Zone) 1949, 43 (43).

sich das Gnadenwesen „nach der GnO 1935 im Großen und Ganzen gut bewährt" hatte[310]. Die Gnadenordnung galt noch lange für den Bund fort[311]. In den Bundesländern wurden nach und nach neue Gnadenordnungen geschaffen[312].

Im Zusammenhang mit der Entnazifizierung wurde in der amerikanischen Besatzungszone das von den Alliierten am 05. März 1946 erlassene Gesetz „zur Befreiung vom Nationalsozialismus und Militarismus" erlassen[313]. Es sah für die im Zuge der Umsetzung des Gesetzes ergehenden Sühnemaßnahmen (vgl. Art. 14–18) auch ein Gnadenrecht vor. Dieses konnte auf Vorschlag des Ministers für politische Befreiung durch den Ministerpräsidenten ausgeübt werden (Art. 54). Die meisten der im nicht sozialistischen Ausland verurteilten und inhaftierten deutschen Gefangenen und Kriegsverbrecher wurden bis Ende 1953 begnadigt und entlassen[314]; von der Begnadigung ausgenommen waren die „Vier von Breda": *Franz Fischer, Ferdinand aus der Fünten, Johann Kotalla und Willy Lages*[315].

Außerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs dieses Gesetzes wurde auch ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage für den Bereich von im Wege der Entnazifizierung verhängten Sühne- und Säuberungsmaßnahmen die Anwendbarkeit von Gnadenbefugnissen durch den Ministerpräsidenten (z. B. nach Art. 103 Verf RP) bejaht, weil die rechtlichen Folgen dieser Maßnahmen strafrechtsähnlichen Charakter hätten. So konnte unter anderem von den beamtenrechtlichen Folgen durch Gnadenakt dispensiert werden; eine Konsequenz, die auch unter Rückgriff auf die Gnadenordnung von 1935 begründet wurde[316].

Innerhalb Deutschlands wurde im Hinblick auf die Begnadigung von deutschen Kriegsverbrechern unterschiedlich vorgegangen:

310 *Nüse,* MDR 1952, 71 (71).

311 Für Gnadenentscheidungen des Bundespräsidenten einschließlich der Gegenzeichnung durch den Bundesminister der Justiz wurde die Gnadenordnung von 1935 bis in die 1980er Jahre angewendet, *Görtemaker/Safferling,* Die Akte Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 190 (192).

312 *Janetzke,* DRiZ 1952, 74 (74); *K. Müller,* DVBl. 1963, 18 (21).

313 GVBl. für das Land Hessen 1946, S. 57; *Moritz/Noam,* NS-Verbrechen vor Gericht, 1945–1955, 1978, S. 13 sowie *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 31 m. w. N.

314 Vgl. für Norwegen, Dänemark, Belgien, Italien, Jugoslawien und Brasilien *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 121 ff.

315 *Führer,* Die Verfolgung von NS-Verbrechern (https://www.uni-muenster.de/NiederlandeNet/nl-wissen/geschichte/vertiefung/verfolgung/breda.html; zuletzt besucht am 28. Februar 2018).

316 *OVG Rheinland-Pfalz,* ZBR 1954, 279 (280).

Vor Errichtung der Gnadenausschüsse in den Besatzungszonen (1953) begnadigten in der amerikanischen Besatzungszone Deutschlands der Hochkommissar *John McCloy* sowie General *Thomas Troy Handy* (US-Army), welcher auf Empfehlung des seinerzeit gebildeten *„War Crimes Modification Board"* handelte[317]. In der französischen Besatzungszone traf ab etwa 1950 eine Gnadenkommission die Gnadenentscheidungen, wobei vor allem zu Ostern und Weihnachten und anlässlich des französischen Nationalfeiertags am 14. Juli Begnadigungen aufgrund der eingereichten Gesuche ausgesprochen wurden[318]. In der britischen Besatzungszone bestand ab 1949 ein *„War Office Committee of three British Officers"*, welches die Gnadengesuche bearbeitete; über deren Vorschläge entschied aber letztlich das *„Foreign Office"* in London. Lediglich 15 Prozent der bearbeiteten Fälle endeten auf britischer Seite mit einer Strafherabsetzung. Indes wurden die lebenslang verhängten Freiheitsstrafen im Februar 1950 kollektiv auf 21 Jahre herabgesetzt. In den Jahren 1952 und 1953 fanden dann Entlassungen aufgrund besonderer Gnadenerweise statt[319].

Die Alliierten errichteten zum 01. September 1953 unter deutscher Beteiligung jeweils einen beratenden Ausschuss[320], welcher Empfehlungen ausarbeitete für die Begnadigung oder vorzeitige Entlassung von Kriegsverbrechern, die in der Bundesrepublik inhaftiert waren. Diese interimistischen Ausschüsse wurden durch den gemischten Ausschuss (sog. *Mixed Board*) abgelöst, der am 11. August 1955 seine Arbeit aufnahm. Dieser gemischte Ausschuss war nunmehr bis 04. Juni 1958 für die Überprüfung der Urteile der Militärgerichte aller Besatzungszonen zuständig. Seine *einstimmigen* Entscheidungen waren – anders als die nur beratenden Beschlüsse der vorläufigen Ausschüsse – bindend für die Macht, welche die Strafe verhängt hatte; Art. 6 Abs. 3(b) S. 2 Überleitungsvertrag[321]

317 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 131 ff.

318 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 139 f.

319 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 140 ff.

320 Die zuständigen Ausschüsse hießen im amerikanischen Sektor *„Interim Mixed und Clemency Board"*, im französischen Sektor *„Commission Consultative Mixte"* und im britischen Sektor *„Mixed Consultative Board"; Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 159.

321 Genauer: Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (zwischen der BRD, Frankreich, Großbritannien und den USA; amtlicher Text, BGBl. II 1955, S. 405).

vom 05. Mai 1955[322]. Bei nicht einstimmigen Beschlüssen des gemischten Ausschusses[323] zeigte sich sowohl die britische als auch die französische Besatzungsmacht, anders als die amerikanische, dennoch großzügig mit Gnadenerweisen[324]. Für die im Ausland inhaftierten deutschen Gefangenen war der gemischte Ausschuss nicht zuständig.

In der amerikanischen Besatzungszone konnten zudem aufgrund des sog. *parole systems* Gefangene nach Verbüßung eines Drittels der Strafzeit, bei lebenslänglicher Haft nach 15 Jahren, auf Bewährung entlassen werden, wenn anzunehmen war, dass der Strafgefangene nach seiner Haftentlassung ein gesetzmäßiges Leben führen werde. Die Entlassenen standen unter loser Überwachung durch einen deutschen *parole supervisor,* der seinerseits von einem amerikanischen *parole officer*[325] beaufsichtigt wurde[326]. Die Entlassung auf Bewährung stellte keinen Gnadenakt dar, ermöglichte dem Gefangenen aber, einen Teil seiner Haftstrafe außerhalb des Gefängnisses unter Auflagen zu verbüßen[327]. Gefangene in der französischen und in der britischen Besatzungszone konnten erst nach zwei Dritteln ihrer Strafzeit die bedingte Freilassung bzw. „Entlassung auf gute Führung" beantragen[328]. Erfolgte die Entlassung, war sie aber endgültig. Die aus amerikanischer Haft auf Bewährung Entlassenen mussten dagegen zusätzlich ein Gnadengesuch beim Gemischten Ausschuss einreichen, um eine endgültige Entlassung aus dem amerikanischen Strafvollzug zu erwirken[329]. Das führte dazu, dass bereits im Sommer 1957 alle Gefangenen der britischen und der französischen Besatzungszone endgültig entlassen waren, während noch 220 Gefangene der Strafaufsicht der U.S.A. unterstanden. Durch die Erleichterung der Einbringung von

322 Vgl. dazu m.w.N. *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 159 ff.

323 Er bestand gem. Art. 6 Abs. 2 Überleitungsvertrag aus sechs unabhängigen Mitgliedern, von denen drei von der Bundesregierung und je eines von der Regierung jeder der drei Mächte ernannt wurde.

324 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 169 f.

325 Dieser war Beauftragter des amerikanischen Hohen Kommissars und des Oberbefehlshabers der amerikanischen Truppen in Europa; *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 147.

326 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 147 f. u. 178 m.w.N.

327 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 147 m.w.N.

328 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 173.

329 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 179.

Gnadengesuchen und die beabsichtigte Gleichstellung aller Gefangenen erfolgte dann aber die Freilassung der letzten vier in der amerikanischen Besatzungszone Inhaftierten am 09. Mai 1958[330].

Deutsche Gerichte durften NS-Verbrecher bis zum Beginn der 1950er Jahre nur sehr beschränkt zur Verantwortung ziehen. Danach ging die Zahl der NS-Prozesse vor deutschen Gerichten sogar noch signifikant zurück[331]. Ursache war nicht nur die fehlerhafte Annahme, der Gesamtkomplex der NS-Verbrechen sei bereits bewältigt, sondern auch ein erheblicher Rückgang von Strafanzeigen gegen NS-Verbrecher[332].

Deshalb wurden viele NS-Verbrecher erheblich später angeklagt und verurteilt[333]. Denn erst 1956 kehrten tausende deutsche Kriegsgefangene aus Russland zurück und auch das „Bundesergänzungsgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung" trat erst am 18. September 1953 in Kraft. Auf dieser Grundlage meldeten zahlreiche im Ausland lebende Verfolgte nunmehr ihre Entschädigungsansprüche an, was zur Aufdeckung einer nicht unerheblichen Anzahl von Kriegsverbrechen führte. Die Errichtung einer zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen im Jahr 1958 trug zusätzlich zur Systematisierung und Zentralisierung der Verfolgung von NS-Verbrechern bei. Im Übrigen wurde den deutschen Gerichten das Dokumentationsmaterial aus den Archiven der Alliierten zur Verfügung gestellt[334]. Im Ergebnis wurden zwar viele lebenslange Freiheitsstrafen verhängt. Die verurteilten NS-Verbrecher wurden in der Bundesrepublik aber im Verhältnis zu allen lebenslänglich Verurteilten wesentlich häufiger und eher begnadigt[335].

330 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 180 f. m.w.N.

331 So gab es 1955 lediglich 21 und 1956 nur 23 Verurteilungen; *Werle,* NJW 1992, 2529 (2530).

332 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 82 ff. u. 100 f. m.w.N.

333 *Kruse,* KJ 1978, 109 (127).

334 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 86 f. m.w.N.; *Werle,* NJW 1992, 2529 (2531).

335 *Leßmann,* Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland, 2003, S. 102; *Kruse,* KJ 1978, 109 (127).

5. Die Rechtsentwicklung in der DDR

a) Die Rechtsgrundlagen für Gnadenerweise in der DDR

Die Verfassung der DDR aus dem Jahr 1949[336] wies das Begnadigungsrecht dem Präsidenten zu; er sollte für dessen Ausübung von einem Ausschuss der Volkskammer beraten werden (Art. 107[337]). *Wilhelm Pieck* begnadigte zum Beispiel im Jahr 1951 im März etwa 500 Jugendliche[338] sowie „anlässlich der zweiten Wiederkehr des Gründungstages der Deutschen Demokratischen Republik" aufgrund von Art. 107 (vermutlich mehr als) 160 000 Personen[339]. Später lag die eigentliche Entscheidung beim Politbüro, wie in der Presse berichtet wurde[340]. Nach dem Tod von *Pieck* im Jahr 1960 wurde mit dem Staatsrat ein kollektives Staatsoberhaupt eingeführt, dem nunmehr das Begnadigungsrecht zugewiesen war (Art. 106 a. E.[341])[342]. Dabei verblieb es auch nach der Verabschiedung der neuen Verfassung vom 06. April 1968[343] (zunächst Art. 77[344], ab 1974 Art. 74 Abs. 2[345]).

336 GBl. I 1949, S. 5 ff.

337 Art. 107 der DDR-Verfassung i. d. F. vom 07. Oktober 1949: „Der Präsident übt für die Republik das Begnadigungsrecht aus, wobei er von einem Ausschuß der Volkskammer beraten wird." (GBl. I 1949, S. 5 [13]).

338 *Lindheim,* Bezahlte Freiheit. Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 103.

339 Der Präsident der Deutschen Demokratischen Republik, Hausmitteilung, 10. Dezember 1951, Gnadenaktion, gez. *Thaler,* einsehbar über das Bundesarchiv. In diesem Fall handelte es sich nachweislich noch um massenhafte Einzel-Begnadigungen, wenngleich diese einer Amnestie gleichkamen.

340 *Der Tag* vom 11. April 1958 unter der Überschrift „Politbüro entscheidet über Tod", zitiert nach *Werkentin,* „Souverän ist, wer über den Tod entscheidet", Die SED-Führung als Richter und Gnadeninstanz bei Todesurteilen in: *Engelmann/Vollnhals* (Hrsg.), Justiz im Dienste der Parteiherrschaft, Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR, Analysen und Dokumente, Wissenschaftliche Reihe des Bundesbeauftragten, Band 16, 2. Aufl. 2000, S. 181, 199.

341 Vgl. das Gesetz über die Bildung des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik vom 12. September 1960 (GBl. I 1960, S. 505 f.); Art. 106: „Der Staatsrat der Republik […] übt das Begnadigungsrecht aus."

342 Staatsrecht der DDR, hrsg. von der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Bearb. *Semler,* 2. Aufl. 1984, S. 301.

343 GBl. I 1968, S. 199 ff.

344 Der Staatsrat übt das Amnestie- und Begnadigungsrecht aus (GBl. I 1968, S. 199 [217]).

345 Vgl. § 27 Nr. 2 des Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 07. Oktober 1974 (GBl. I 1974, S. 425 ff. [429]); vgl. auch die insofern geänderte Gesamtfassung der Verfassung der DDR; GBl. I 1974, S. 432 ff. (450).

Die auf der Grundlage der Verfassung ergangenen Gnadenordnungen wurden nicht bekanntgegeben[346]. Die Gnadenordnungen von 1954[347], 1960[348], 1970[349] und 1988[350] sahen in Übereinstimmung mit der Verfassung vor, dass das Begnadigungsrecht durch den Präsidenten bzw. ab 1960 durch den Vorsitzenden des Staatsrats ausgeübt werden sollte. Es folgten Richtlinien über die Tätigkeit der Gnadenkommissionen[351]. Rechtskräftig erkannte Strafen konnten ganz oder teilweise erlassen und auch in andere Strafen umgewandelt werden (vgl. § 1 Abs. 1 GnO-DDR 1970 sowie bereits § 2 Abs. 1 S. 1 GnO-DDR 1954). So wurden Begnadigungen ausgesprochen, um verhängte Todesstrafen in Zuchthausstrafen umzuwandeln[352]. Das betraf etwa das am 26. Juli 1962 vom Bezirksgericht Halle ausgesprochene Todesurteil gegen den (sechs Jahre für den BND arbeitenden Volkspolizisten und) Agenten *Heinz Benster,* dessen Todesstrafe am 10. September 1962 nach nur anderthalb Monaten aufgrund westdeutscher Bemühungen durch *Walter Ulbricht* als Staatsrats-

346 Gemeinschaftliche RdVfg. Nr. 3/54 vom 20. August 1954 (Die genaue Bezeichnung der Rundverfügung ergibt sich aus einem „Verzeichnis der Vertraulichen Rundverfügungen, welche im Zusammenhang mit der Gnadenordnung stehen"; einsehbar über das Bundesarchiv): „Die Anordnung [des Präsidenten der DDR über die Ausübung des Begnadigungsrechts in der DDR (Gnadenordnung)] wird nicht veröffentlicht." Vgl. auch die Gemeinschaftliche Rundverfügung des Generalstaatsanwalts und des Ministeriums der Justiz der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, Vertraulich, Punkt V. Abs. 2 (einsehbar über das Bundesarchiv): „Die Gnadenordnung wird nicht veröffentlicht". Der Erlaß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über die Ausübung des Begnadigungsrechts (Gnadenordnung) vom 31. Oktober 1960 war geheime Staatsratsangelegenheit.

347 Vgl. die Anordnung des Präsidenten der DDR über die Ausübung des Begnadigungsrechts in der DDR (Gnadenordnung) vom 01. Januar 1954; einsehbar über das Bundesarchiv.

348 In der Fassung vom 04. April 1963; einsehbar über das Bundesarchiv.

349 In der Fassung vom 19. November 1970; BStU, Archiv der Außenstelle BV Magdeburg, Leiter des BV, Nr. 81, Bl. 219–223.

350 In der Fassung vom 14. März 1988, einsehbar über das Bundesarchiv.

351 Zuletzt Richtlinie vom 11. Mai 1988, einsehbar über das Bundesarchiv.

352 So wurde in zwei Fällen bereits am 08. Februar 1956 bzw. am 10. September 1962 durch den Präsidenten der DDR *(Wilhelm Pieck)* bzw. den Vorsitzenden des Staatsrats *(Walter Ulbricht)* jeweils kurz nach Verkündung des Urteils die verhängte Todesstrafe in lebenslange bzw. 15 Jahre Zuchthausstrafe umgewandelt (BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS, SdM, Nr. 1447, Bl. 7, 9 u. 11). Ausdrücklich indes nur § 1 Abs. 1 S. 2 GnO-DDR 1970: „Todesstrafen können erlassen oder in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden." Im Jahr 1987 wurde die Todesstrafe schließlich abgeschafft. Dazu *Werkentin,* „Souverän ist, wer über den Tod entscheidet". Die SED-Führung als Richter und Gnadeninstanz bei Todesurteilen in: Justiz im Dienste der Parteiherrschaft, Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR, hrsg. v. *Engelmann/Vollnhals,* 2. Aufl. 2000, S. 181 (189 ff. u. 197 ff.).

vorsitzendem mit einer Gnadenentscheidung zunächst in 15 Jahre Haft umgewandelt wurde[353]. Gnadengesuche wurden in bestimmten Fällen auf vier- bis sechsköpfige Gnadenkommissionen der Bezirke (bzw. die Gnadenkommission für den Zuständigkeitsbereich der Militärjustizorgane[354]) delegiert, welche ihre Beschlüsse mit Stimmenmehrheit fassten[355]. Sie sollten zunächst nur über Gnadengesuche bezüglich rechtskräftiger Verurteilungen auf Geldstrafen oder Nebenfolgen entscheiden[356], ab 1970 entschieden die Gnadenkommissionen dagegen allgemein über den völligen oder teilweisen Erlass rechtskräftiger Verurteilungen zu Haftstrafen, Strafarrest, Geldstrafen und Zusatzstrafen, „soweit nicht die Entscheidung durch den Vorsitzenden des Staatsrates getroffen wird"[357].

Nach einer internen und vertraulichen gemeinschaftlichen Rundverfügung des Generalstaatsanwalts und des Ministeriums der Justiz der Deutschen Demokratischen Republik von 1954[358] zur richtigen Anwendung der Gnadenordnung von 1954 hatten die „Gnadenkommissionen […] sich bei ihren Entscheidungen von jeder Engstirnigkeit und vom Sektierertum fernzuhalten". Sie hatten „parteilich und gewissenhaft Entscheidungen zu fällen, die den Interessen unseres Arbeiter- und Bauernstaates dienen, die Gesetzlichkeit festigen und von allen Deutschen verstanden werden". Eingehende Gnadengesuche sollten zunächst dem zuständigen Staatsanwalt zur Prüfung der Gewährung einer Strafaussetzung zur Bewährung übergeben werden; nur wenn angesichts der Höhe der

353 Vgl. dazu *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 151 f.; *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 292 ff., 300 (Dokument), 321 ff., 332 f. u. 338 f. (Dokument).

354 Normiert in den Gnadenordnungen vom 19. November 1970 (dort § 2 Abs. 2) und vom 14. März 1988 (dort § 2 Abs. 3).

355 Gnadenordnung vom 31. Oktober 1960 (einsehbar über das Bundesarchiv): § 6 Abs. 1 und 5; in der Gnadenordnung vom 1. Januar 1954: § 5 Abs. 1 und 3.

356 Vgl. § 5 Abs. 1 GnO DDR (1954; hier noch einschließlich Sühnemaßnahmen) sowie § 6 Abs. 1 GnO DDR (1960); jeweils einsehbar über das Bundesarchiv.

357 Vgl. § 2 Abs. 2 GnO DDR (1970; hier noch einschließlich rechtskräftiger Verurteilungen zu Arbeitserziehung und Nebenfolgen; BStU, Archiv der Außenstelle BV Magdeburg, Leiter des BV, Nr. 81, Bl. 219–220) sowie § 2 Abs. 3 GnO DDR (1988; hier einschließlich Jugendhaft; einsehbar über das Bundesarchiv).

358 Vgl. Punkt I.7.sowie II.1. u. 3. der RdVfg. Nr. 3/54 vom 20. August 1954, einsehbar über das Bundesarchiv. (Die genaue Bezeichnung der Rundverfügung ergibt sich aus einem „Verzeichnis der Vertraulichen Rundverfügungen, welche im Zusammenhang mit der Gnadenordnung stehen"; ebenfalls einsehbar über das Bundesarchiv). Zur Strafaussetzung zur Bewährung vgl. auch Punkt II. u. III.1. der Gemeinsamen Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63 sowie Gemeinschaftliche RdVfg vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, Punkt II. u. III.a), einsehbar über das Bundesarchiv.

erkannten und der bisher verbüßten Freiheitsstrafe eine Strafaussetzung zur Bewährung (noch) nicht möglich war, sollte eine Gnadenentscheidung herbeigeführt werden. Nach der Anweisung zur Gnadenordnung von 1960[359] hatten die Kommissionen bei der Ausübung des Gnadenrechts die programmatische Erklärung des Vorsitzenden des Staatsrats und die Interessen der Arbeiter- und Bauernmacht zu berücksichtigen[360]. Die in der Gnadenordnung von 1960[361] vorgesehene obligatorische Einholung einer schriftlichen Stellungnahme des Beschuldigten (§ 4 Abs. 2) diente nicht primär dem rechtlichen Gehör des Petenten, sondern ausdrücklich dazu, auf ihn durch die damit verbundene Selbsteinschätzung seiner Straftat und die Schlussfolgerungen für sein künftiges Verhalten erzieherisch einzuwirken[362]. Ein Beschwerderecht stand dem Betroffenen lange Zeit[363] ausdrücklich nicht zu, unabhängig davon, ob die Entscheidung durch den Staatsrat oder eine Gnadenkommission ergangen war[364]. Stattdessen konnten sich überstimmte Kommissionsmitglieder an

359 Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63, einsehbar über das Bundesarchiv.

360 Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63, Punkt 2.a., einsehbar über das Bundesarchiv.

361 In der GnO von 1970 war es § 5 Abs. 4 S. 1 (BStU, Archiv der Außenstelle BV Magdeburg, Leiter des BV, Nr. 81, Bl. 221). In der GnO von 1988 (§ 4 Abs. 1) war die Einholung der Stellungnahme des Verurteilten zur Straftat und über seine Vorstellungen für sein künftiges Verhalten hingegen optional geregelt; einsehbar über das Bundesarchiv.

362 Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63, Punkt 2.b., Gemeinschaftliche Rundverfügung vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, Punkt I.2.b. sowie Erlass des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über die Ausübung des Begnadigungsrechts (Gnadenordnung) vom 31. Oktober 1960, Begründung Punkt 5., jeweils einsehbar über das Bundesarchiv.

363 Erst 1988 war wohl ein Beschwerderecht des Verurteilten vorgesehen. Das ergibt sich aus Nr. 2.2. der Richtlinie des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR über die Tätigkeit der Gnadenkommission vom 11. Mai 1988 (einsehbar über das Bundesarchiv), wonach bei Beschwerden über Entscheidungen der Gnadenkommission, welche unbearbeitet an den Sekretär des Staatsrates weiterzuleiten waren, den Gesuchsstellern mitzuteilen war, dass eine Prüfung eingeleitet wurde.

364 Vgl. die aufgrund § 6 Abs. 6 S. 1 GnO (DDR 1960) zulässige Gemeinschaftliche Rundverfügung des Generalstaatsanwalts und des Ministeriums der Justiz der DDR vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, Punkt I.2.h sowie die gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 der GnO (DDR 1960 i.d.F. vom 04. April 1963) zulässige Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII 203-4/63, Punkt 2.h: „Gegen die Entscheidung der Gnadenkommission ist keine Beschwerde zulässig, weil das Gnadenrecht des Staatsrats auf sie delegiert wurde“ (beide einsehbar über das Bundesarchiv).
Vgl. auch bereits die gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 zulässige Gemeinschaftliche Rundverfügung vom 7. Dezember 1954, Az. (des Ministerium der Justiz der DDR): II 4046/54,

den Generalstaatsanwalt, den Präsidenten des Obersten Gerichts (oder an den Sekretär des Staatsrats)[365] wenden und eine Nachprüfung anregen[366]. Der Generalstaatsanwalt und der Präsident des Obersten Gerichts waren aber auch unabhängig von Anregungen einzelner Kommissionsmitglieder zur gemeinsam beschlossenen Abänderung und Aufhebung von Entscheidungen der Gnadenkommissionen berechtigt[367]. Erging im Einzelfall eine positive Gnadenentscheidung, musste der Betroffene schriftlich erklären, dass er sich des Gnadenerweises würdig erweisen werde und sich nicht nur dazu verpflichten, die Gesetze der DDR in Zukunft nicht mehr zu verletzen, sondern auch, sich „von keiner Seite gegen die DDR missbrauchen zu lassen"[368]. Das geschah aber zumindest dann (im Einzelfall)[369] nicht, wenn der Begnadigte über die ihm zu Teil werdende Gnade nicht informiert wurde, obwohl von Anfang an (jedenfalls bis 1970)[370] die Pflicht bestand, den Begnadigten im Fall eines ganz oder teilweise stattgegebenen Gnadengesuchs zu benachrichtigen[371].

RVV Nr. 13/54, Az. (des Generalstaatsanwalts): 4250 b – 10/54, RVV Nr. 17/5, einsehbar über das Bundesarchiv: „Es wird darauf hingewiesen, daß es gegen die Entscheidungen der Gnadenkommissionen keine Beschwerde des Bürgers gibt, weil das Gnadenrecht des Präsidenten der Deutschen Demokratischen Republik grundsätzlich auf die Gnadenkommissionen in den Bezirken delegiert wurde." Dennoch gab es Beschwerden, wie ausführlich in Anlage V zum Erlass des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über die Ausübung des Begnadigungsrechts (Gnadenordnung) vom 31. Oktober 1960 wiedergegeben wird, einsehbar über das Bundesarchiv.

365 So geregelt in Nr. 2.7. der Richtlinie des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR über die Tätigkeit der Gnadenkommissionen vom 11. Mai 1988; einsehbar über das Bundesarchiv.

366 Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. (des Generalstaatsanwalts der DDR): VII 203-4/63, Punkt 2.g.

367 Vgl. § 6 Abs. 6 S. 2 GnO (DDR 1960) i. d. F. vom 04. April 1963 sowie die Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63, Punkt 2.h.; jeweils einsehbar über das Bundesarchiv. Vorher waren dazu der Generalstaatsanwalt und der Minister der Justiz berechtigt; vgl. § 5 Abs. 4 S. 2 GnO (DDR 1954) sowie § 6 Abs. 6 S. 2 GnO (DDR 1960); jeweils einsehbar über das Bundesarchiv.

368 Vordruck (87/11) 9229 10. 60 Ag 464/60, einsehbar über das Bundesarchiv.

369 So wurde *Reinhold Baake,* der im September 1960 zu 12 Jahren Zuchthaus verurteilt und dessen Strafe im März 1963 durch Gnadenentscheidung des Vorsitzenden des Staatsrats auf 6 Jahre Zuchthaus ermäßigt worden war, darüber nicht informiert (vgl. BStU, MfS, HA IX 14141, Bl. 11).

370 Vgl. § 6 Abs. 1 GnO (DDR 1970).

371 Vgl. § 7 Abs. 1 GnO (DDR 1954) sowie § 3 Abs. 4 GnO (DDR 1960) und Punkt 2.9. der Richtlinie des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR über die Tätigkeit der Gnadenkommission vom 11. Mai 1988, einsehbar über das Bundesarchiv.

b) Die Gnadenpraxis durch Amnestie und Abolition in der DDR

Durch Amnestie und Abolition wurde in der DDR ebenfalls Straffreiheit gewährt. Schon kurz nach Gründung der DDR wurden anhängige Verfahren – welche vor einem konkreten Datum begangen wurden, eine bestimmte Strafe nicht erwarten ließen und keine Ausschlussgründe aufwiesen – aufgrund des Straffreiheitsgesetzes von 1949 eingestellt oder gar nicht erst eingeleitet; bereits rechtskräftig verhängte Strafen wurden erlassen[372]. Gegen einen die Einstellung des Strafverfahrens ablehnenden Beschluss war kein Rechtsmittel vorgesehen[373]. Ein durch Beschluss eingestelltes Verfahren war indes auf Antrag der Staatsanwaltschaft fortzusetzen[374]. Später, aus Anlass der Bildung des Staatsrats[375] sowie aus Anlass des 15. Jahrestags der Gründung der DDR – vor allem aber als Folge massenhafter Inhaftierungen (etwa wegen ungesetzlichen Grenzübertritts) und daraus resultierender überfüllter Gefängnisse[376] – wurden „auf dem Gnadenwege" diverse Freiheitsstrafen unter bestimmten Voraussetzungen erlassen und gewisse Strafen herabgesetzt[377]. Die danach

372 Vgl. §§ 1 ff. des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949 (GBl. I 1949, S. 60 f.).

373 Vgl. § 7 des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949 (GBl. I 1949, S. 61).

374 Vgl. § 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 11. November 1949 (GBl. I 1949, S. 61).

375 Vgl. das Gesetz über die Bildung des Staatsrates der DDR vom 12. September 1960 (GBl. I 1960, S. 505 f.).

376 Vgl. dazu *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 51 ff. (166); *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 111; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 246.

377 Vgl. den „Beschluß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über die Gewährung von Straferlaß durch Gnadenerweis" vom 01. Oktober 1960 (GBl. I 1960, S. 533) sowie den „Amnestieerlaß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik" vom 03. Oktober 1964 (GBl. I 1964, S. 135 f.). Vgl. auch den Amnestiebeschluss vom 06. Oktober 1972 aus Anlass des 23. Jahrestages der Gründung der DDR (wiedergegeben in: Neues Deutschland vom 07. Oktober 1972, S. 2, durch welchen 25 351 Personen die Freiheit wiedererlangten, darunter 200 Bundesbürger, 1 771 DDR-Bürger wurden in die Bundesrepublik gebracht; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 302 [317 m.w.N.]; *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 107) sowie den Amnestiebeschluss nebst Durchführungsfestlegung aus Anlass des 30. Jahrestags der DDR vom 24. September 1979 (GBl. I 1979, S. 281 f.).
1960 wurden aufgrund der als Massenbegnadigung aufzufassenden (so auch *Roggemann,* ROW [Recht in Ost und West] 31 [1987], 281 [286]) Amnestie vom 01. Oktober (GBl. I 1960, S. 533) 4 000 bis 5 000 politische Häftlinge entlassen, darunter der Dramaturg und Verleger *Walter Janka;* vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 52 m.w.N.
1964 wurden aufgrund der Amnestie rund 7 680 Inhaftierte freigelassen, darunter ca. 1 500 bis 2 000 politische Häftlinge; vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 54 u. 166; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 100. Mit der Am-

für die Begnadigung in Frage kommenden Personen waren dem Staatsrat in Form von Listen vorzulegen[378]. Der Generalstaatsanwalt und der Minister des Innern und der Justiz hatten die Durchführung der Amnestie zu gewährleisten[379] und die nötigen Anordnungen für die vorzeitige Straftilgung zu treffen[380].

Während die DDR am Anfang durch Amnestien den Betroffenen ihre Strafen noch vollständig erließ, wurden spätestens[381] seit 1979 durch die sog. „Amnestie"-Beschlüsse nur noch „Entlassungen auf Bewährung" gewährt[382]. Die nicht vollstreckte Strafe war später zusätzlich zu vollziehen, wenn die „amnestierte Person innerhalb von 3 Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat erneut zu einer Freiheitsstrafe verurteilt" wurde[383].

nestie sollten die zuvor vollzogenen Freikäufe verschleiert werden, weil auf den Strafakten vieler zuvor freigekaufter Häftlinge vermerkt war, dass ihre Entlassung aufgrund des späteren Amnestiebeschlusses erfolgt sei; *Wölbern,* a. a. O., S. 100 f. m. w. N.
Bis zum Inkrafttreten des StGB der DDR erfolgten viele politische Inhaftierungen aufgrund von Art. 6 Abs. 2 der DDR-Verfassung, welcher die sog. Boykotthetze als Verbrechen unter Strafe stellte (GBl. I, S. 5 [6]); vgl. auch *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 55 f.

378 Vgl. Nr. 1 des Beschlusses „des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über die Gewährung von Straferlaß durch Gnadenerweis" vom 01. Oktober 1960 (GBl. I 1960, S. 533) sowie Nr. 7 des Amnestieerlasses „des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik" vom 03. Oktober 1964 (GBl. I 1964, S. 136).

379 Vgl. Nr. 8 der „Festlegungen des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR zur Durchführung des Beschlusses des Staatsrates über eine Amnestie aus Anlaß des 30. Jahrestages" vom 24. September 1979 (GBl. I 1979, S. 282); Nr. 6 der „Festlegungen des Vorsitzenden des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik zur Durchführung des Beschlusses über eine allgemeine Amnestie aus Anlaß des 38. Jahrestages der Gründung der Deutschen Demokratischen Republik" vom 17. Juli 1987 (GBl. I 1987, S. 192) sowie Nr. 9 des Beschlusses „des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine Amnestie" vom 06. Dezember 1989 (GBl. I 1989, S. 266).

380 Vgl. Nr. 7 des Amnestieerlasses „des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik vom 03. Oktober 1964" (GBl. I 1964, S. 136).

381 Nach dem „Amnestieerlaß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik" vom 03. Oktober 1964 (GBl. I 1964, S. 135) *konnten* bestimmte Strafen auf dem Gnadenwege erlassen werden, „wenn die Verurteilten auf Grund ihres Gesamtverhaltens die Gewähr dafür [boten], daß sie künftig die sozialistische Gesetzlichkeit achten"; auch *konnte* die Strafe von Strafgefangenen, „die […] durch verschiedenartige, den freien Willen der Bürger beeinträchtigende Methoden westlicher Geheimdienste und Agentenorganisationen zur Begehung schwerer Verbrechen gegen die Deutsche Demokratische Republik veranlaßt worden waren, […] unter Berücksichtigung der Umstände und Schwere der Tat und ihres jetzigen Verhaltens" herabgesetzt werden (GBl. I 1964, S. 136).

382 So *Raschka,* Zwischen Überwachung und Repression – Politische Verfolgung in der DDR 1971 bis 1989, hrsg. v. *Kuhrt* i. V. m. Buck u. *Holzweißig,* 2001, S. 124.

383 Vgl. Nr. 6 der „Festlegungen des Vorsitzenden des Staatsrates der DDR zur Durchführung des Beschlusses des Staatsrates über eine Amnestie aus Anlaß des 30. Jahrestages" (GBl. I 1979, S. 282) sowie Nr. 6 des Beschlusses „des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine Amnestie" vom 06. Dezember 1989 (GBl. I 1989, S. 266).

Ursprünglich eingestellte Strafverfahren waren in diesen Fällen fortzuführen[384].

Geflüchtete Bürger, die ihren neuen Wohnsitz außerhalb der DDR nahmen, verloren durch § 1 des Gesetzes und der Verordnungen zur Regelung von Fragen der Staatsbürgerschaft vom 16. Oktober 1972[385] bzw. 21. Juni 1982[386] ihre Staatsbürgerschaft. Bei ihnen fand deshalb eine strafrechtliche Verfolgung wegen des „ungenehmigten" oder „ungesetzlichen" Verlassens der DDR nicht (mehr) statt[387].

Noch vor der Öffnung der innerdeutschen Grenze (am 09. November 1989) wurden aufgrund eines Amnestiebeschlusses vom 27. Oktober 1989 nicht nur Personen begnadigt („amnestiert"), die Straftaten vor diesem Datum begangen hatten, welche den „ungesetzlichen Grenzübertritt" betrafen, sondern auch solche Personen, die bis zu diesem Datum „Straftaten gegen die staatliche und öffentliche Ordnung im Zusammenhang mit demonstrativen Ansammlungen begangen hatten"[388]. Die Amnestie bezog sich indes nur auf Personen, welche friedlich demonstrierten, d.h. ohne Waffen und Gewaltanwendung, sowie ohne Gefährdung des Lebens und der Gesundheit von Menschen den Grenzübertritt wagten. Mit diesem Amnestiebeschluss wurden nicht nur bereits verhängte Strafen erlassen, sondern alle Ermittlungsverfahren und nicht rechtskräftig abgeschlossene gerichtliche Verfahren eingestellt, was die Entlassung der in Untersuchungshaft befindlichen Personen einschloss. Zudem wurde erstmals angeordnet, dass die meisten den ungesetzlichen Grenzübertritt (zumindest § 213 Abs. 1, 2, 3 Nr. 3 bis 6 StGB-DDR) betreffenden Eintragungen im Strafregister zu tilgen waren[389]. Am 06. Dezember 1989 verkündete *Hans Modrow* eine weitere Amnestie[390].

384 Nr. 5 der „Festlegungen des Vorsitzenden des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik zur Durchführung des Beschlusses des Staatsrates über eine allgemeine Amnestie aus Anlaß des 38. Jahrestages der Gründung der Deutschen Demokratischen Republik" vom 17. Juli 1987 (GBl. I 1987, S. 192).

385 GBl. I 1972, S. 265.

386 GBl. I 1982, S. 418; hier genauer: Verordnung zu Fragen der Staatsbürgerschaft der Deutschen Demokratischen Republik.

387 Vgl. jeweils § 2 des Gesetzes und der Verordnung zur Staatsbürgerschaft; Nachweise wie in den Fn. zuvor.

388 Vgl. Nr. 1 des Beschlusses des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine Amnestie vom 27. Oktober 1989 (GBl. I, S. 237); *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 179.

389 Vgl. Nr. 2 bis 5 des vorgenannten Beschlusses über eine Amnestie.

390 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 180; vgl. auch den „Beschluß des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik über eine Amnestie" vom 06. Dezember 1989 (GBl. I 1989, S. 266).

c) Der Sonderfall der Gefangenen-„Freikäufe“ und deren Rechtsgrundlagen

Sonderfälle in Begnadigungssachen stellten die (31 775[391]) sog. Gefangenen-Freikäufe dar, an deren Entstehung und Fortführung neben der katholischen vor allem die evangelische Kirche beteiligt war[392]. Während schon kurz nach Kriegsende nach Besatzungsrecht Inhaftierte aufgrund von Gnadenerweisen aus der Haft (in die alliierten Besatzungszonen und später in die Bundesrepublik Deutschland) entlassen wurden, waren zu dieser Zeit sog. *Freikäufe* Inhaftierter durch den „Westen“ noch nicht üblich[393]. Das änderte sich mit der territorialen Trennung von Ost- und Westdeutschland, welche 1952 begann und in den Bau der innerdeutschen Grenzanlagen (Berliner Mauer) am 13. August 1961 mündete. Ab[394] 1962 bemühte sich die Bundesrepublik Deutschland aus humanitären Gründen[395], vor allem politisch[396] Verfolgte und Inhaftierte (wegen Beteiligung am Volksaufstand des 17. Juni 1953[397], wegen versuchten ungesetzlichen

391 *Jenkis,* Der Freikauf von DDR-Häftlingen, 2012, S. 10 f.; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 32; *Pötzl,* Basar der Spione, 2. Aufl. 1997, S. 12; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 279.

392 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf. Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte, 2014, S. 77 u. 79 ff.; vgl. auch *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 32 ff.; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 15, 51 ff.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 80 ff., 106 ff.

393 Vgl. „Gefangenen-Freikauf“ in: DER SPIEGEL 37/1954, http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-28957362.html; zuletzt besucht am 18. Oktober 2017.

394 Bereits vor 1962 sollen zwei Deutsche, welche in der DDR aus politischen Gründen inhaftiert waren, gegen Geldleistungen aufgrund von Bemühungen von anderer Seite die Freiheit wiedererlangt haben; vgl. *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 16.

395 Vgl. zu diesen primären Beweggründen *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 171 u. 174. Zudem wollte die Bundesregierung mit Hilfe des Häftlingsfreikaufs zu einer Liberalisierung der Strafverfolgung und des Strafvollzugs in der DDR beitragen; *Koch,* a. a. O., S. 183 f. m. w. N.

396 Politische Häftlinge gab es in der DDR aus deren Sicht grds. keine; *Koch,* a. a. O., S. 268 u. 389. In der Bundesrepublik wurden inhaftierte Flüchtlinge und Ausreiseantragsteller dagegen eindeutig politischen Häftlingen zugeordnet; Ähnliches galt für Spione der DDR; *Koch,* a. a. O., S. 269 u. 290 f. Bis zu 50 Prozent aller in DDR-Gefängnissen Inhaftierten waren politische Häftlinge, obwohl politische Straftaten nur etwa drei bis fünf Prozent aller Delikte in der DDR ausmachten; Grund war, dass politische Straftaten fast ausnahmslos Freiheitsstrafen nach sich zogen; *Koch,* a. a. O., S. 278 m. w. N.; vgl. auch *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 165.

397 Vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 51. Dazu gehörte *Paul Othma,* der erst am 01. September 1964, ein halbes Jahr vor dem Ende seiner 12-jährigen Haftzeit „freigekauft“ werden konnte. Er beteuerte bis zuletzt seine Unschuld, weshalb man noch

Grenzübertritts[398], wegen Fluchthilfe, später auch wegen „ungesetzlicher Verbindungsaufnahme“ zu Instituten, Organisationen oder Politikern der Bundesrepublik und wegen „landesverräterischer Nachrichtenübermittlung“)[399], aber auch (westliche) Fluchthelfer[400] – wie Pastor *Werner Arnold*[401] – durch Zahlung i.d.R.[402] fünfstelliger Geldbeträge (DM), wenig später (ab 1964[403]) regelmäßig nur noch durch Warenlieferungen[404], freizukaufen[405]. Im Jahr 1963 konnte acht politischen Häftlingen – darunter dem „Waldheim“-Häftling *Walter Nuthmann*[406] – die Freiheit

im Juni 1964 die Möglichkeit zur bedingten Strafaussetzung zur Bewährung ablehnte; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 243 f. u. 459.

398 So wurden Ende der 1960er Jahre und in den 1970er Jahren im Wesentlichen inhaftierte Flüchtlinge freigekauft; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 264.

399 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 13 f., 253, 272 f., 277 ff., 291 u. 315 (nach §§ 99 f., 105, 213, 219 StGB [DDR]; vgl. dazu *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 31 ff.).

400 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 259 f. Zu ihnen zählten u.a. *Benedikt Graf von und zu Hoensbroech, Carsten Mohr, Harry Seidel* und *Manfred Görlach;* vgl. *Koch,* a.a.O. m.w.N.

401 Er wurde wegen Fluchthilfe und Schmuggels von Medikamenten und Westprodukten im Oktober 1963 verhaftet, zu mehreren Jahren Zuchthaus verurteilt und im Juli 1964 auf Initiative der Evangelischen Kirche aus der Haft in den Westen entlassen; *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 35; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 82, 91 u. 140. Auch *Friedrich-Wilhelm Krummacher,* Bischof der Pommerschen Evangelischen Landeskirche von 1955 bis 1972, blieb durch Freikauf ein Prozess erspart; sein Strafverfahren wurde niedergeschlagen; *Wölbern,* a.a.O., S. 91 m.w.N.

402 Bis 1977 wurden in „gravierenden“ Fällen 160 000 DM pro Person aufgewendet, während es in „Normalfällen“ nur ca. 40 000 DM waren; ab 1977 einigte man sich auf einen Pauschalbetrag von 95 847 DM für jeden freigekauften politischen Häftling; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 201 ff.; *Pötzl,* Basar der Spione, 2. Aufl. 1997, S. 142. Näher zu den Begründungen der geforderten „Gegenleistungen“: *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 165.

403 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 187 m.w.N.

404 Diese durften weder für militärische Zwecke wichtig noch sicherheitspolitisch bedenklich sein; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 184 m.w.N. Es handelte sich zunächst vor allem um Lebensmittel (wie Mais, Kaffee, Butter, Speiseöl oder Kakaobohnen) bzw. (später, ab 1969) nur noch um Rohstoffe wie Erdöl, Kupfer oder Silber (*Wölbern,* a.a.O., S. 439 f.).

405 Vgl. zur Anzahl der Freigekauften sowie der gezahlten Geldbeträge einschließlich der gelieferten Waren: *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 66 u. 279; vgl. auch den Internet-Beitrag „Der Notausgang aus der DDR“ in CORRECT!V, http://www.nur-raus-hier.de/freikaeufe.html; zuletzt besucht am 01. November 2017. Zu den Entlassungsvarianten *Knabe,* Zur Praxis des politischen Strafrechts in der Honecker-Zeit, 2016, S. 271.

406 Er war 1946 wegen seiner NSDAP-Vergangenheit von einem sowjetischen Militärtribunal zu einer langjährigen Haftstrafe verurteilt worden und wurde – von *Walter Ulbricht* begnadigt – am 31. Oktober 1963 als erster aktenkundig verbürgter Freigekaufter aus

zurückgegeben werden, im darauffolgenden Jahr waren es bereits 888[407]. Prominentes Beispiel ist auch der später durch seine Ausstellung „Körperwelten" bekannt gewordene *Gunther von Hagens.* Er wurde im August 1970 nach 19 Monaten Haft, ca. sechs Monate vor dem eigentlichen Haftende, von der Bundesrepublik freigekauft[408]. Obgleich die Freilassung diesen Häftlingen oft als Gnadenakt „verkauft" wurde[409], ergingen in der Mehrzahl der Fälle keine durch den Präsidenten bzw. Staatsrat oder die Gnadenkommissionen ausgesprochenen Gnadenerweise i.S.d. Gnadenordnungen, sondern „nur" Strafaussetzungen zur Bewährung[410]. In der Zeit von 1986 bis 1990 soll es sogar Häftlingsentlassungen gänzlich ohne Vorliegen der erforderlichen rechtlichen Dokumente gegeben haben[411/412].

der Haft nach West-Berlin entlassen (*Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 138 f. u. 547; vgl. auch *Plötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 127 f.).

407 Vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 98 f. u. 446; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 279.
Zu ihnen gehörten die Bibelforscher *Fritz Adler* und *Wilhelm Engel,* welche sich zu den Zeugen Jehovas bekannt hatten und deshalb schon von den Nationalsozialisten verfolgt wurden und die Konzentrationslager in Sachsenburg und Buchenwald überlebt hatten. Sie wurden nach dem Verbot ihrer Religionsgemeinschaft 1950/51 zu lebenslanger Haft verurteilt, 1964 freigekauft und in den Westen entlassen; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 456 f.

408 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 60 f.

409 Vgl. den Internet-Beitrag „Der Notausgang aus der DDR" in CORRECT!V, http://www.nur-raus-hier.de/freikaeufe.html; zuletzt besucht am 01. November 2017; vgl. auch *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 167 f.

410 In der DDR wurde zwischen („echten") Gnadenerweisen und Strafaussetzungen zur Bewährung unterschieden; vgl. etwa Punkt II. Abs. 3 der Gemeinsamen Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63: „Kommt die Gnadenkommission in einem solchen Fall zu dem Ergebnis, daß anstelle eines Gnadenerweises eine bedingte Strafaussetzung nach § 346 StGB zweckmäßiger ist". Ebenso geregelt in Punkt II. Abs. 3 der Gemeinschaftlichen RdVfg vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, jeweils einsehbar über das Bundesarchiv. Auch hier war die Gnade subsidiär gegenüber den gesetzlich geregelten Vergünstigungen; vgl. auch bereits Punkt II. (Verfahrensregeln) der Gemeinschaftlichen RdVfg. Nr. 3/54 vom 20. August 1954, einsehbar über das Bundesarchiv.

411 *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 49; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 160 f. m.w.N.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 160 f.

412 Das lag vor allem daran, dass die zuständigen Organe der DDR die notwendigen Entscheidungen mitunter nicht bis zum vorgesehenen Entlassungstermin beschaffen konnten. Zudem sollte etwa die Entscheidung über die Gewährung der Strafaussetzung zur Bewährung „rechtzeitig – mindestens sechs Wochen – vor dem festzusetzenden Entlassungstermin getroffen werden" (vgl. § 17 Abs. 2 der 1. Durchführungsbestimmung (DB) zur StPO-DDR vom 20. März 1975, GBl. I 1975, S. 285 [288]). Diese Frist diente

Die Annahme, dass überhaupt keine Gnadenakte ergingen[413], lässt sich hingegen widerlegen:

Um den Anschein der Rechtsstaatlichkeit zu wahren, sollten und mussten die Haftentlassungen der Freigekauften der DDR formaljuristisch korrekt abgewickelt werden[414]. Das geschah – mit Ausnahme der oben genannten Fälle – auftragsgemäß ganz überwiegend durch die von der Staatsanwaltschaft gemäß § 349[415] (und ggf. § 346[416]) StPO-

der ordnungsgemäßen Vorbereitung der Wiedereingliederung des Strafentlassenen (*Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafprozeßrecht der DDR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 1989, § 17 der 1. DB zur StPO-DDR Anm. 2.2).

413 So *Schumann/Wuschech,* Schalk-Golodkowski. Der Mann, der die DDR retten wollte, 2012, Schalck-Golodkowski und das Sonderkonto 0628, S. 62.

414 *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 150.

415 Vgl. dazu den Beschluss der Strafkammer 214 des Stadtbezirksgerichts Berlin-Mitte vom 16. Juli 1975, in welchem in der Strafsache gegen *Reiner David* der weitere Vollzug der Freiheitsstrafe aus dem Urteil vom 26. März 1974 gemäß § 349 StPO (DDR) auf Bewährung ausgesetzt und eine Bewährungszeit von zwei Jahren festgelegt wurde; es bestände die begründete Erwartung, „daß der Verurteilte die notwendigen Schlußfolgerungen gezogen hat und künftig die Gesetzlichkeit der DDR nicht wieder verletzen" werde (*David,* Meine Akte, DDR 1969 bis 1975, 2. Aufl. 2012, S. 296). Diese Begründung war nur vorgeschoben, *weil David* mit Urkunde vom 17. Juli 1975 gemäß § 10 des Staatsbürgerschaftsgesetzes der DDR (GBl. I 1967, S. 3 [4]) aus der Staatsbürgerschaft der DDR entlassen wurde (*David,* a.a.O., S. 298).

416 Da nur der Vollzug zeitiger „Freiheitsstrafen" zur Bewährung ausgesetzt werden konnte (vgl. § 349 Abs. 1 StPO-DDR i.V.m. § 45 Abs. 1 StGB-DDR), mussten ursprünglich verhängte Geldstrafen durch Beschluss zunächst in Freiheitsstrafen (von drei Monaten bis zu einem Jahr, gemäß § 346 StPO-DDR i.V.m. §§ 36 Abs. 3, 49 Abs. 3 StGB-DDR) umgewandelt werden; vgl. dazu auch § 23 Abs. 2 S. 3 der 1. DB zur StPO-DDR sowie *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafprozeßrecht der DDR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 1989, § 349 StPO-DDR; *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafrecht der DDR, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 1987, § 36 StGB Anm. 10 sowie *Willamowski* in: Sektion Rechtswissenschaft der Humboldt-Universität zu Berlin (Hrsg.), Strafverfahrensrecht, 3. Aufl. 1987, S. 382. Es war allerdings auch möglich, die aufgrund der Umwandlung festgesetzte Freiheitsstrafe sogleich – wie jede andere – gemäß § 45 StGB-DDR auf Bewährung auszusetzen; vgl. *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafrecht der DDR, a.a.O. sowie *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafprozeßrecht der DDR, § 349 StPO Anm. 1.2. Die Möglichkeit der Umwandlung in eine Freiheitsstrafe (auf Bewährung) war auch im Fall der Geldstrafe als Zusatzstrafe (§ 49 Abs. 3 StGB-DDR) gegeben; *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafrecht der DDR, § 49 StGB Anm. 4. Vgl. StGB-DDR vom 12. Januar 1968 (GBl. I 1968, S. 1 ff.) i.d. Neufassung vom 19. Dezember 1974 (GBl. I 1975, S. 14 ff., zuletzt geändert durch das 5. Strafrechtsänderungsgesetz vom 14. Dezember 1988 [GBl. I 1988, S. 335 ff.]), sowie das StGB-DDR vom 12. Januar 1968 i.d. Neufassung vom 14. Dezember 1988 (GBl. I 1989, S. 33 ff., zuletzt geändert durch das 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29. Juni 1990 [GBl. I 1990, S. 526 ff.]).
Gemäß § 25 Abs. 2 der 1. DB zur StPO-DDR vom 20. März 1975 (GBl. I 1975, S. 285 [289]) konnte die Entscheidung zur Umwandlung in eine Freiheitsstrafe gemäß § 346 StPO-DDR i.V.m. § 36 Abs. 3 StGB-DDR aufgrund eines Antrags des Staats-

DDR[417] beantragte[418] und vom Gericht bestätigte Strafaussetzung zur Bewährung[419]. Die Organe der Rechtspflege (Staatsanwaltschaft und Strafgericht) hatten den Anweisungen des Ministeriums für Staatssicherheit Folge zu leisten und den Inhaftierten die Voraussetzungen der Strafaussetzung zur Bewährung zu attestieren, obwohl diese nach dem Recht der DDR meistens (noch) gar nicht erfüllt waren. Weder war der Strafzweck erfüllt, noch konnte damit gerechnet werden, dass der Verurteilte in Zukunft gewissenhaft seine Pflichten erfüllen werde[420]. Lebenslange Freiheitsstrafen mussten in zeitige „umgewandelt" werden, weil der Vollzug der Freiheitsstrafe nur ausgesetzt werden konnte, wenn es sich um

anwalts, auf Anregung des Leiters der Buchhaltung oder von Amts wegen getroffen werden. An sich fand § 36 Abs. 3 StGB-DDR aber nur Anwendung, wenn „eine Geldstrafe nicht verwirklicht werden [kann], weil der Verurteilte sich seiner Verpflichtung zur Zahlung entzieht." Vor der Entscheidung war dem Verurteilten (an sich zwingend) Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§ 25 Abs. 2 S. 2 der 1. DB zur StPO-DDR).
Bis zum Inkrafttreten des „neuen" StGB-DDR am 01. Juli 1968 richtete sich die Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen – zeitlich bezogen auf die Freikäufe in der DDR Inhaftierter – nach dem Reichsstrafgesetzbuch (RGBl. 1871, S. 127 ff. [132]), zuletzt geändert durch Strafrechtsänderungsgesetz der DDR vom 12. Dezember 1957, mithin nach § 29 des (Reichs)Strafgesetzbuchs.

417 Vgl. StPO-DDR vom 12. Januar 1968 (GBl. I 1968, S. 49 ff.) i.d. Neufassung vom 19. Dezember 1974 (GBl. I 1974, S. 597 [603 f.] u. GBl. I 1975, S. 62 ff. [101 u. 102]); zuletzt geändert durch das 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29. Juni 1990 (GBl. I 1990, S. 526 [537 ff.]).

418 Gemäß § 349 Abs. 7 StPO-DDR (StPO vom 12. Januar 1968, GBl. I 1968, S. 49 ff. [92]) bzw. später § 349 Abs. 6 StPO-DDR (i.d. Neufassung vom 19. Dezember 1974, GBl. I 1974, S. 597 [603 f.] u. GBl. I 1975, S. 62 [102]) hatten nach Strafantritt der Staatsanwalt und der Leiter der Strafvollzugseinrichtung laufend zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für eine Strafaussetzung auf Bewährung eingetreten sind, und ggf. entsprechende Anträge zu stellen. Gleiches regelte § 55 des Gesetzes über den Vollzug der Strafen mit Freiheitsentzug (vom 07. April 1977, Strafvollzugsgesetz, StVG-DDR; GBl. I 1977, S. 109 [116]). Die Entscheidung über die Gewährung der Strafaussetzung zur Bewährung konnte das Gericht grds. auch ohne mündliche Verhandlung treffen; vgl. § 349 Abs. 9 StPO-DDR (vom 12. Januar 1968, GBl. I 1968, S. 49 ff. [93]) bzw. später § 349 Abs. 8 StPO-DDR (i.d. Neufassung vom 19. Dezember 1974, GBl. I 1974, S. 597 [603 f.] u. GBl. I 1975, S. 62 [102]).
Beispielhaft der Antrag des Generalstaatsanwalts der DDR (Militär-Oberstaatsanwalt) an das Militärgericht Berlin betreffend den (ehemaligen, ab 1975 tätigen) CIA-Agenten *Eberhard Fätkenheuer,* gemäß § 349 Abs. 1 u. 2 StPO-DDR den Vollzug der Freiheitsstrafe (i.H.v. 13 Jahren) aus dem Urteil (wegen Spionage) vom 27. Mai 1980 auszusetzen, die Bewährungszeit auf 4 Jahre festzusetzen und die Entlassung auf den 11. Juni 1985 festzulegen; nach Verbüßung der Hälfte der Haftzeit sei zu erwarten, „daß er künftig die Gesetze der DDR achten und einhalten wird"; vgl. *Fätkenheuer,* Die Brücke in die Freiheit, 2011, S. 104 u. 161.

419 *Knabe,* Zur Praxis des politischen Strafrechts in der Honecker-Zeit, 2016, S. 272; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 135; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 150 ff., 159 ff. m.w.N., 424 u. 470 f.

420 Vgl. näher *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 135.

eine sog. „zeitige" Freiheitsstrafe handelte (vgl. § 349 Abs. 1 StPO-DDR i.V.m. § 45 Abs. 1 StGB-DDR). Das konnte formal nur durch Begnadigung, ausgesprochen durch den Staatsrat[421], gemäß Art. 107 (später Art. 106 bzw. 77 bzw. 74 Abs. 2) Verfassung der DDR geschehen. Ähnliches galt für Fälle, in denen eine besonders hohe Freiheitsstrafe ausgesprochen worden, bis zum fixen Bewährungs- und Ausreisetermin aber noch nicht mindestens die Hälfte der Freiheitsstrafe vollzogen war (§ 349 Abs. 2 StPO-DDR)[422]. Insoweit musste begnadigungsweise eine Strafminderung ausgesprochen werden, um die Voraussetzungen der

421 Bis zum Tod von Wilhelm Pieck (1960) stand das Begnadigungsrecht dem Präsidenten zu; dieser wandelte z.B. das Todesurteil von *Karl-Heinz Schmidt* am 01. August 1956 nach nur sechs Monaten in eine lebenslange Zuchthausstrafe um; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 274 (gibt fälschlicherweise Walter Ulbricht als Begnadigenden an, der das neue Amt des Vorsitzenden des Staatsrats aber erst ab 1960 bekleidete); *Werkentin,* „Souverän ist, wer über den Tod entscheidet". Die SED-Führung als Richter und Gnadeninstanz bei Todesurteilen in: *Engelmann/Vollnhals* (Hrsg.), Justiz im Dienste der Parteiherrschaft, Rechtspraxis und Staatssicherheit in der DDR, 2. Aufl. 2000, S. 181 (196, Fn. 30); *Schmidt* wurde 1967 in die BRD entlassen (*Wölbern,* a.a.O., S. 274 f.). Auch das am 26. Juli 1962 vom Bezirksgericht Halle ausgesprochene Todesurteil gegen den (sechs Jahre für den BND arbeitenden Volkspolizisten und) Agenten *Heinz Benster* wurde am 10. September 1962 nach nur anderthalb Monaten aufgrund westdeutscher Bemühungen durch *Ulbricht* als Staatsratsvorsitzendem mit einer Gnadenentscheidung zunächst in 15 Jahre Haft umgewandelt; nur einen Monat später, am 04. August 1964 wurde seine Haftstrafe wiederum durch Gnadenentscheid auf 6 Jahre Zuchthaus herabgesetzt und schließlich am 14. August 1964 wurde die Reststrafe aufgrund der gegebenen Voraussetzungen durch Beschluss zur Bewährung ausgesetzt; *Benster* blieb bis Oktober 1989 zur Überraschung aller gemeinsam mit seiner ebenfalls (am 26. Juni 1964) begnadigten Frau aus familiären Gründen in der DDR; vgl. dazu den westdeutschen Anwalt von *Benster: Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 292 ff., 300 (Dokument), 321 ff., 332 f. u. 338 f. (Dokument); *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 151 f., 159 ff. sowie *Werkentin,* a.a.O., S. 181 (196 f.).
Auch die lebenslangen Freiheitsstrafen der in der DDR verurteilten West-Spione *Dietrich Niestroj* und *Wolf-Georg Frohn* müssen vor ihrem Austausch gegen in Westdeutschland verurteilte Ost-Spione (vgl. dazu *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 217 f. sowie den Beitrag „Eine erfolgreiche, komplizierte Operation" vom 17. Februar 1986 im SPIEGEL, http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13517916.html; zuletzt besucht am 09. Februar 2018) in zeitige Freiheitsstrafen umgewandelt worden sein.

422 Vgl. die Gesetzesfassungen des § 349 Abs. 2 StPO-DDR vom 12. Januar 1968, GBl. I 1968, S. 49 ff. [92] bzw. in der Neufassung vom 19. Dezember 1974 (GBl. I 1975, S. 62 [102]): „Beträgt die Freiheitsstrafe mehr als sechs Jahre, darf eine Aussetzung des Strafvollzuges erst erfolgen, wenn mindestens die Hälfte der Strafe verbüßt [bzw. vollzogen] ist." Um eine gewisse Abschreckungswirkung zu erzielen, sollten die meisten politischen Häftlinge auch unterhalb dieser Höhe der Freiheitsstrafe zumindest die Hälfte ihrer Haftzeit bereits verbüßt haben; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 216 m.w.N.
So auch im Fall des Studenten *Dietrich Gerloff,* der wegen einer Lappalie bzw. eines Juxes am 26. August 1961 zu 8 Jahren Zuchthaus verurteilt und als einer der ersten

Strafaussetzung zur Bewährung rechtzeitig gewährleisten zu können[423]. Die Bundesrepublik Deutschland setzte sich von Anfang an vor allem für in der DDR lebenslänglich oder mit hohen Haftstrafen belegte Verurteilte, sog. Langstrafler[424], ein[425] und konnte in den ersten Jahren viele von ihnen freikaufen[426]. Einer der ersten Freigekauften war *Heinz Brandt,* Gewerkschafter der IG Metall in Frankfurt a.M., der als hochrangiger Funktionär der SED 1958 in die Bundesrepublik geflohen war und am 16. Juni 1961 bei einem Besuch in West-Berlin in die DDR entführt und wegen angeblicher nachrichtendienstlicher Aktivitäten am 10. Mai 1962 zu 13 Jahren Zuchthaus verurteilt worden war; er wurde aufgrund politischen und öffentlichen Drucks am 23. Mai 1964 durch *Walter Ulbricht* begnadigt[427]. Zu ihnen gehörte auch der Radrennfahrer *Harry Seidel,* der

Freigekauften bereits am 03. Oktober 1963 vorzeitig entlassen wurde. Er erhielt dafür einen Gnadenerlass von *Walter Ulbricht;* vgl. *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 28 f.; *Plötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 107 ff., 128 f.

423 Vgl. *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 150 m.w.N. So wurde die gegen den CIA-Agenten *Eberhard Fätkenheuer* verhängte Freiheitsstrafe von 13 Jahren durch Gnadenentscheid des Vorsitzenden des Staatsrats der DDR auf 11 Jahre herabgesetzt, weil dieser für den größten Agententausch am 11. Juni 1985 auf der – die Städte Potsdam (Ost) und West-Berlin verbindenden – Glienicker Brücke vorgesehen war, zu dieser Zeit aber noch nicht die Hälfte seiner ursprünglichen Haftstrafe verbüßt hatte; vgl. *Fätkenheuer,* Die Brücke in die Freiheit, Ein ehemaliger CIA-Agent offenbart seine Lebensgeschichte, 2011, S. 156 ff. u. 161 (Dokument); *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 164 (Dokument); vgl. auch *Ohmann,* Agentenaustausch auf der Glienicker Brücke: Ich war dabei!, in BZ (online) vom 11. Juni 2015: https://www.bz-berlin.de/berlin/agentenaustausch-auf-der-glienicker-bruecke-ich-war-dabei; zuletzt besucht am 09. Februar 2018.

424 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 42; *Jenkis,* Der Freikauf von DDR-Häftlingen, 2012, S. 48; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 59. Das waren Personen, welche zu mindestens sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurden; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 195 m.w.N. In der DDR wurden solche Häftlinge als „Z-Fälle" (z für zurückgestellt) bezeichnet; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 198 f. u. 200 f.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 172.

425 Vgl. dazu *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 146, 169 u. 195; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 58 u. 112; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 173 u. 184 f. Nachdem zusehends nur noch wenige Langstrafler in DDR-Gefängnissen saßen, wurden die Freikäufe nach wenigen Jahren auf Kurzstrafler ausgedehnt; *Wölbern,* a.a.O., S. 191 ff. u. 449.

426 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 196 u. 258 m.w.N.; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 63; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 97 u. 449.

427 Siehe Gnadenentscheidung vom 23. Mai 1964; einsehbar über das Bundesarchiv (Bestandssignatur DA/5, Archivnummer 1893). Vgl. auch *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 256; *V. Plottnitz,* Diether Posser (1922–2010). Anwalt und Politiker im Kalten Krieg. Vom gesamtdeutschen Elend der politischen Justiz in: Kritische Justiz (Hrsg.),

nach seiner Flucht in die Bundesrepublik als erfolgreicher Fluchthelfer tätig und 1962 nach seiner Verhaftung zu einer lebenslänglichen Haftstrafe verurteilt worden war; er wurde 1966 freigekauft und am 13. September 1966 (aufgrund teilweiser Begnadigung mit anschließender bedingter Strafaussetzung zur Bewährung) nach Berlin (West) entlassen[428]. Im Juli 1976 wurde der West-Spion *Hans Möhring* begnadigt, der 16 Jahre im Zuchthaus Bautzen inhaftiert war[429]. Ende der siebziger, Anfang der achtziger Jahre wurden meist kurz vor Weihnachten in den sog. „Weihnachtsaktionen" Inhaftierte freigegeben, die als „besonders schwere Fälle" zuvor nicht befreit werden konnten[430].

Obwohl gemäß § 339 Abs. 1 Nr. 2 StPO-DDR die Organe des Ministeriums des Innern für die Verwirklichung der Maßnahmen der strafrechtlichen Verantwortung u. a. bei Freiheitsstrafe, Haftstrafe, Aberkennung staatsbürgerlicher Rechte sowie Ausweisung zuständig waren, entschied letztlich das Ministerium für Staatssicherheit (MfS) in den Freikauf-Angelegenheiten[431]. Dabei sollten vor allem solche DDR-Bür-

Streitbare Juristinnen, Band 2, 2016, S. 379 (386 f.); *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 254 ff, 271, 282 f. (zur Entführung) u. 316.
Durch Gnadenentscheid vom 10. Juli 1964 wurden die Freiheitsstrafen von 27 Verurteilten durch *Walter Ulbricht,* darunter 11 lebenslange Zuchthausstrafen auf Freiheitsstrafen von jeweils 15 Jahren herabgesetzt; BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS, SdM Nr. 1447 Bl. 7–30 (einschließlich der dazu ergangenen Vorschläge durch das Ministerium für Staatssicherheit). Zu den Begnadigten gehörte auch *Hermann Möhring,* dessen vom Sowjetischen Militärtribunal am 13. Mai 1953 ausgesprochene 25-jährige Zuchthausstrafe auf eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren herabgesetzt wurde (a. a. O., Bl. 10).
Vgl. auch das Schreiben des Ministerrats der DDR, Ministerium für Staatssicherheit (Der Minister) vom 14. Mai 1964, in welchem der Staatsrat der DDR „streng geheim!" gebeten wird, im Zuge eines Gnadenerlasses *Heinz Brandt* zu entlassen (BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS – SdM, Nr. 1446, Bl. 142).

428 *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 183 f. u. 364; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 199 f. m. w. N. und weiteren Fällen langjährig Inhaftierter. Näher zu *Harry Seidel: Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 44 f.
Die gegen *Harry Seidel* am 29. Dezember 1962 verhängte lebenslange Zuchthausstrafe wurde am 01. Juli 1966 durch *Walter Ulbricht* auf 6 Jahre ermäßigt; mit Beschluss vom 09. September 1966 und Wirkung ab 13. September 1966 wurde die weitere Strafverbüßung gemäß § 346 StPO der DDR bedingt ausgesetzt (BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS AU Nr. 3521/64, Band 12, Bl. 1 f., Band 13, Bl. 91 f.).

429 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 158.

430 Hier wurden ausnahmsweise Beträge von etwa 200 000 DM gezahlt. Diese Praxis wurde von der neuen Bundesrepublik aber bald eingestellt; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 204.

431 Vgl. dazu z. B. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 153 u. 157; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 141 ff., 150 u. 156. Einer der wichtigsten Entscheidungsträger im Häftlingsfreikauf mit anschließend ggf. möglicher Übersied-

ger in den Westen übersiedeln (dürfen), welche trotz aller „Bemühungen" nicht mehr in die sozialistische Gemeinschaft zu integrieren waren oder von denen man sich keinen Nutzen mehr für die DDR versprach, die mithin für das System verloren waren[432]; ausgenommen waren beispielsweise sog. „Geheimnisträger"[433] oder Häftlinge, deren Ausreise eine unerwünschte Sogwirkung anderer Personen befürchten ließ[434]. Jede genehmigte Übersiedlung schürte Hoffnung auf weitere Ausreisegenehmigungen[435], was sogar zu vorsätzlichem Inhaftiertwerden führte, etwa durch einen vorsichtigen Fluchtversuch oder sonstige „Provokationen"[436].

Bis zum Inkrafttreten der StPO-DDR am 01. Juli 1968[437] richtete sich die Entscheidung über die vorzeitige Entlassung eines Verurteilten mittels Strafaussetzung zur Bewährung nach dem „Gesetz über das Verfahren in Strafsachen in der Deutschen Demokratischen Republik (Strafprozeßordnung) vom 02. Oktober 1952"[438]. Dessen § 346 regelte die bedingte Strafaussetzung[439]. Schon damals durfte bei einer verhängten

lung in die Bundesrepublik war *Erich Mielke,* Leiter des Ministeriums für Staatssicherheit von Nov. 1957 bis Nov. 1989 (*Koch,* a. a. O. S. 103 f., 153, 158 u. 281; *Wölbern,* a. a. O., S. 138 u. 139 ff.; ebenso *Eisenfeld,* Freikauf politischer Häftlinge in: *Buchstab* [Hrsg.], Repression und Haft in der SED-Diktatur und die „gekaufte Freiheit", 2005, S. 21). Nach Punkt 1 seines Schreibens vom 05. Mai 1986 sollten „Übersiedlungen Strafgefangener […] ausschließlich auf der Grundlage meiner [d. h. Mielkes] Entscheidungen [erfolgen]"; abgedruckt in: *Lochen/Meyer-Seitz* (Hrsg.), Die geheimen Anweisungen zur Diskriminierung Ausreisewilliger, Dokumente der Stasi und des Ministerium des Innern, S. 205 f. Ähnl. Punkt 1 des Schreibens von Mielke vom 23. Februar 1989, wonach ständige Ausreisen von Strafgefangenen aus dem Strafvollzug ausschließlich auf der Grundlage seiner Entscheidungen erfolgen sollten; siehe a. a. O., S. 250 f. Auch *Erich Honecker* traf mitunter (Grundlagen)Entscheidungen zum Freikauf (*Koch,* a. a. O., S. 153, 159 u. 169 m. w. N.; *Wölbern,* a. a. O., S. 105 u. 137 ff.).

432 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 156 ff. u. 276.

433 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 156 ff. u. 280; *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 84 ff. (mit Beispielen); *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 160.

434 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 164.

435 Ausreisegenehmigungen wurden ab 1977 grds. nur erteilt, wenn der eigene Grundbesitz verkauft war; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 237 m. w. N. sowie S. 245; *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 119 ff.

436 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 80; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 164; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 110 f.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 406 ff., 416 f. (mit Fallbeispielen) u. 424.

437 Vgl. § 1 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 9 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung der DDR vom 12. Januar 1968; GBl. I 1968, S. 97.

438 GBl. I 1952, S. 996 ff.

439 GBl. I 1952, S. 996 (1028).

Freiheitsstrafe von mehr als sechs Jahren eine Aussetzung der Strafvollstreckung erst erfolgen, wenn mindestens die Hälfte der Strafe verbüßt war (§ 346 Abs. 2). Auch hatten gemäß dieser Norm nach Antritt der Strafe der Staatsanwalt und der Leiter der Strafvollzugsanstalt laufend die eingetretenen Voraussetzungen für eine Strafaussetzung zu überprüfen und ggf. entsprechende Anträge zu stellen (§ 346 Abs. 6).

DDR-Bürger, welche aufgrund eines Amnestiebeschlusses oder aufgrund Freikaufs im Wege der Gnade bzw. Strafaussetzung zur Bewährung aus den Haftanstalten entlassen wurden, sollten nach dem Willen des DDR-Regimes möglichst in der DDR verbleiben, sofern nicht weitere regimefeindliche Aktivitäten drohten[440]. Deshalb durften die meisten Amnestierten und Freigekauften die DDR anfangs nicht verlassen[441]. Die Bundesrepublik bemühte sich aber zusehends um die Ausreise von in der DDR politisch Verfolgten und Inhaftierten[442]. Bereits in den Gefängnissen stellten mehr und mehr Inhaftierte Ausreiseanträge, oftmals verbunden mit dem Begehren, aus der Staatsbürgerschaft der DDR gemäß § 10 des DDR-Staatsbürgerschaftsgesetzes[443] entlassen zu werden. Freigekaufte erhielten regelmäßig im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrer Haftentlassung die (auferlegte[444] bzw. beantragte) Ausreisegenehmigung und „Entlassung aus der DDR-Staatsbürgerschaft", wenn sie in Richtung Westen auf freien Fuß gesetzt wurden, und mussten die DDR unverzüg-

440 Vgl. dazu mit Beispielen *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 398 ff.

441 So gingen etwa 1964 ca. 400 der 888 freigekauften politischen Häftlinge an ihren bisherigen Wohnort in der DDR, während die West-Berliner und Bundesbürger in die Bundesrepublik entlassen wurden; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 172 f. u. 279 m.w.N.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 238 ff. u. 396. Die meisten Freigekauften wollten zwar die DDR verlassen; zu Beginn der Freikaufaktion war die Möglichkeit der Übersiedlung in die Bundesrepublik aber noch weitestgehend unbekannt, was sich durch Mundpropaganda schnell änderte, so dass die Entlassung in den Westen später zum Regelfall wurde (*Koch,* a.a.O., S. 282 f.). Obwohl die Häftlinge ihren Entlassungs- bzw. künftigen Wohnort (in Ost oder West) spätestens seit 1972 vereinbarungsgemäß an sich frei wählen konnten, entschied letztlich doch die DDR darüber; vor allem sog. „Geheimnisträgern" war diese Wahl bis 1989 letztlich verwehrt; *Koch,* a.a.O., S. 280 m.w.N.; *Wölbern,* a.a.O., S. 240 f., 249 ff., 259, 264 ff. u. 481.

442 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 172 m.w.N.

443 Vom 20. Februar 1967; GBl. I 1967, S. 3 (4); vgl. dazu *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 270 f.

444 Viele freigekaufte Häftlinge wurden angewiesen, einen Ausreiseantrag zu stellen, so auch *Heinz Brandt,* vgl. *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 283. Vgl. auch *Lindheim,* Bezahlte Freiheit, Der Häftlingsfreikauf zwischen beiden deutschen Staaten, 2011, S. 47.

lich verlassen[445]. Es stand den Begnadigten aber weiterhin grundsätzlich frei, in der DDR zu verbleiben[446/447].

d) Der „Freikauf" von in der DDR verurteilten Bundesbürgern

Verurteilte und inhaftierte Bürger der Bundesrepublik Deutschland, welche – anders als umgekehrt[448] – in der DDR als Ausländer galten[449], konnten regelmäßig auf einfacherem Weg aus der Haft zurück in die Bundesrepublik entlassen werden; denn: Gegenüber Verurteilten, welche

445 *Knabe,* Zur Praxis des politischen Strafrechts in der Honecker-Zeit, 2016, S. 274 f.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 159 u. 481; siehe beispielsweise das Dokument in *David,* Meine Akte, DDR 1969 bis 1975, 2. Aufl. 2012, S. 298.

446 *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 60 f.; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 281.

447 Zu Beginn der Freikauf-Aktionen wurden viele Freigekaufte noch in die DDR entlassen (*Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 32 f., 172 f., 253, 254 u. 279 f.).

448 DDR-Bürger (die in die BRD geflüchtet waren oder aus der DDR ausgewiesen wurden) galten trotz Entzugs der Staatsangehörigkeit der DDR bis zur Wiedervereinigung Deutschlands aufgrund ihrer gesamtdeutschen Staatsbürgerschaft auch als Bürger der Bundesrepublik Deutschland (*Diekmann* [Hrsg.], Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 105 u. 109; *Rehlinger,* Freikauf, Die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1963–1989, 2011, S. 118, 127 f. u. 181 f.; *Schmitz,* NVwZ 1987, 31 [32 f.]). Denn: „Mit der Errichtung der Bundesrepublik Deutschland wurde nicht ein neuer westdeutscher Staat gegründet, sondern ein Teil Deutschlands neu organisiert" (*BVerfGE* 36, 1 [16]); der „Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der BRD und der DDR" (vom 21. Dezember 1972, kurz: Grundlagenvertrag) müsse so ausgelegt werden, „daß – unbeschadet jeder Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in der Deutschen Demokratischen Republik – die Bundesrepublik Deutschland jeden Bürger der Deutschen Demokratischen Republik, der in den Schutzbereich der Bundesrepublik und ihrer Verfassung gerät, gemäß Art. 116 Abs. 1 und 16 GG als Deutschen wie jeden Bürger der Bundesrepublik behandelt." (*BVerfGE* 36, 1 [31]). Die DDR sei kein Ausland (*BVerfGE* 36, 1 [30 f.]).
Vgl. auch *BVerfGE* 77, 137 (LS. 1), wonach aus dem Gebot der Wahrung der Einheit der deutschen Staatsangehörigkeit (Art. 116 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 GG), welches eine normative Konkretisierung des im Grundgesetz enthaltenen Wiedervereinigungsgebots sei, folge, dass dem Erwerb der Staatsbürgerschaft der DDR für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland in den Grenzen des ordre public die Rechtswirkung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit beizumessen sei.

449 Gemäß § 2 des Gesetzes über die Gewährung des Aufenthaltes für Ausländer in der DDR (Ausländergesetz-DDR vom 28. Juni 1979) galten als Ausländer i. S. d. Gesetzes Personen, die nicht die Staatsbürgerschaft der DDR besitzen (GBl. I 1979, S. 149). Das Ausländergesetz trat am 01. August 1979 in Kraft; vgl. § 10 Abs. 1 des Ausländergesetzes-DDR (GBl. I 1979, S. 149 (150)). Ähnliches regelte § 80 Abs. 5 S. 2 StGB-DDR, ebenfalls seit 01. August 1979 (GBl. I 1979, 149 [151]). Als Ausland galt nach dieser Norm z. B. „Berlin (West)"; vgl. *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafrecht der DDR,

Ausländer waren, konnte spätestens[450] seit dem 01. August 1979[451] gemäß § 59 Abs. 2[452] StGB-DDR anstelle des weiteren Vollzugs einer zeitigen Freiheitsstrafe jederzeit die Ausweisung beschlossen werden. Zudem trat der neu eingefügte § 351 StPO-DDR in Kraft[453], wonach das Gericht

Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 1987, § 80 StGB Anm. 14. zur sog. „Zwei-Nationen-Theorie" der DDR vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 21.
Bis zum 01. August 1979 galt die Verordnung über den Aufenthalt von Ausländern im Gebiet der DDR vom 14. Dezember 1956. Nach dessen § 1 war Ausländer i. S. dieser Verordnung jede Person, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (GBl. I 1957, S. 1). Danach waren Bürger der Bundesrepublik Deutschland keine Ausländer (vgl. auch *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 20 f.). Auch nach § 1 Abs. 4 der Verfassung der DDR vom 07. Oktober 1949 gab es zunächst „nur eine deutsche Staatsangehörigkeit" (GBl. I 1949, S. 4 [6]). In der – neuen – Verfassung von 1968 hingegen wurde nunmehr zwischen den „beiden deutschen Staaten" unterschieden (vgl. Art. 8 Abs. 2, GBl. I 1968, S. 199 [206]), mithin die Zwei-Staaten-Doktrin verankert. Außerdem wurde nur noch die Staatsbürgerschaft der DDR erwähnt (Art. 19 Abs. 4, GBl. I 1968, S. 199 [209]). Strafrechtlich galten „Bürger der westdeutschen Bundesrepublik sowie der selbständigen politischen Einheit Westberlin" zwar 1969 noch nicht als Ausländer, aber auch nicht als „Bürger der Deutschen Demokratischen Republik" i. S. d. § 59 StGB-DDR; vgl. *Ministerium der Justiz, Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht"* (Hrsg.), Strafrecht der DDR, Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 1969, § 59 StGB Anm. 2.

450 Vorher war die Möglichkeit einer zeitlich später (nach Urteilsverkündung) zu beschließenden Ausweisung noch nicht vorgesehen. Die Ausweisung musste also grds. bereits im Urteil oder Strafbefehl (neben oder anstelle der im Gesetz angedrohten Strafe) angeordnet werden, selbst wenn sie erst später vollzogen wurde. Für die (spätere) Verwirklichung der Ausweisung waren gemäß § 339 Abs. 1 Nr. 2 StPO-DDR die Organe des Ministeriums des Innern zuständig.

451 An diesem Tag trat das 3. Strafrechtsänderungsgesetz der DDR vom 28. Juni 1979 in Kraft, welches den bisherigen Text von § 59 StGB-DDR als dessen neuen Abs. 1 auswies und den zitierten Abs. 2 neu einfügte (GBl. I 1979, S. 139 [141]). Vorher lautete § 59 StGB-DDR: Gegenüber Tätern, die nicht Bürger der DDR sind, kann anstelle oder zusätzlich zu der im verletzten Gesetz angedrohten Strafe auf Ausweisung erkannt werden; StGB der DDR vom 12. Januar 1968 (GBl. I 1968, S. 1 [20]). Das Gericht prüfte die Voraussetzungen von § 59 Abs. 2 StGB-DDR auf Antrag des Staatsanwalts oder von Amts wegen (*Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafprozeßrecht der DDR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 1989, § 351 StPO Anm. 1.2).

452 Die Beschlussfassung nach § 59 Abs. 2 StGB-DDR n. F. setzte keine Anordnung der Ausweisung bereits im Urteil voraus. War dagegen bereits im Urteil gemäß § 59 Abs. 1 StGB-DDR gegenüber einem Ausländer zusätzlich auf Ausweisung erkannt worden, bedurfte es bei vorzeitiger Beendigung der Freiheitsstrafe keines nochmaligen Beschlusses mit gleichlautendem Tenor; es musste aber ein Beschluss ergehen, wonach der weitere Vollzug der Freiheitsstrafe vorzeitig bis zu einem bestimmten Termin zu beenden und gleichzeitig die Verwirklichung der im Urteil festgelegten Anweisung vorzunehmen war; *Ministerium der Justiz, Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR in Potsdam-Babelsberg* (Hrsg.), Strafrecht der DDR, Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 1987, § 59 StGB Anm. 5; *Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Strafprozeßrecht der DDR, Kommentar zur Strafprozessordnung, 3. Aufl. 1989, § 351 StPO Anm. 1.3.

453 GBl. I 1979, S. 139 (146).

unter der Voraussetzung von § 59 Abs. 2 StGB-DDR die Beendigung des Vollzugs der zeitigen Freiheitsstrafe beschließen und die Ausweisung anordnen musste[454].

Die rechtlichen Regelungen der DDR und die darauf aufbauende Gnadenpraxis zeigen, dass in der DDR nicht der Petent als individuelles Rechtssubjekt im Vordergrund stand, sondern – wie auch sonst in der sozialistischen Gesellschaft – die Interessen des Kollektivs. Gnade war kein Selbstzweck, sondern sollte, wenn sie gewährt wurde, der Läuterung, nicht selten der Demütigung, des Straftäters sowie seiner Wiedereingliederung in die sozialistische Gemeinschaft dienen, der er sich aufgrund der erwiesenen Gnade besonders verpflichtet fühlen sollte. Gnade wurde im Zusammenhang mit dem Freikauf von Häftlingen aber auch aus vordergründig politischen und sogar fiskalischen Gründen gewährt. Mit der Gnade, wie sie in einem Rechtsstaat verstanden wird, hatten solche Entscheidungen kaum etwas gemein.

e) Der „Freikauf" von in der Bundesrepublik Deutschland verurteilten DDR-Bürgern

Anders war es auf Seiten der Bundesrepublik Deutschland, wenn die DDR ihre (entlarvten) Agenten oder Spione (sog. Kundschafter des Friedens) aus der bundesdeutschen Haft durch Tausch[455] „freikaufte". Denn die in der Bundesrepublik Deutschland einsitzenden Häftlinge mussten vor ihrer Freilassung regelmäßig durch den Bundespräsidenten begnadigt werden[456], wobei eine eigene Prüfung und Entscheidung durch den

[454] Gemäß § 38 Abs. 2 der 1. DB zur StPO-DDR vom 20. März 1975 (GBl. I 1975, S. 285 [291]) i.d.F. vom 27. Juli 1979 (GBl. I 1979, 224 [225]) hatte der Leiter der Strafvollzugseinrichtung das Ersuchen um Verwirklichung der Ausweisung dem gemäß § 37 Abs. 1 und 2 zuständigen Organ des Ministeriums des Innern mindestens zwölf Wochen vor der Entlassung des Verurteilten unter Angabe des Entlassungstermins zu übersenden.

[455] Vgl. *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 289.

[456] *Diekmann,* Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 175; *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 287 u. 290; *Hammer,* Kaffee, Butter, Stahl & Co. Zum Freikauf politischer Häftlinge aus der DDR im Auftrag der Bundesregierung, S. 6 f., vgl. https://www.bundesarchiv.de/imperia/md/content/abteilungen/sapmo/vortragsreihestiftung/hammer_kaffee_butter_stahl.pdf; zuletzt besucht am 09. Februar 2018.
Mit der Einführung von § 153c StPO i.d.F. vom 25. Juni 1968 (BGBl. I 1968, S. 741 [749]) konnte die „Begnadigung" von Spionen und Agenten vollzogen werden. Nach

Bundespräsidenten nicht immer erfolgte[457]. So wurde beispielsweise der am 28. April 1961 vom Bundesgerichtshof zu 15 Jahren Haft verurteilte tschechoslowakische Topspion *Alfred Frenzel* am 23. Dezember 1966 durch den Bundespräsidenten *Karl Heinrich Lübke* begnadigt[458]. *Heinz Felfe* erhielt bereits nach fünfeinhalb Jahren Haft (am 14. Februar 1969) die Begnadigungsurkunde[459] und wurde – im Tausch gegen viele Agenten westlicher Nachrichtendienste – der DDR übergeben[460]. Der ehemalige Kanzlerreferent und zu 13 Jahren Haft verurteilte DDR-Spion *Günter Guillaume* wurde nach über sieben Jahren Haft im Jahr 1981 durch den Bundespräsidenten *Karl Carstens* begnadigt[461]. Der in der Bundesrepublik

dieser Norm konnte der Generalbundesanwalt unter bestimmten Voraussetzungen von der Verfolgung bestimmter Straftaten – wie etwa bei Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit, gemäß § 153c Abs. 1 StPO i.V.m. § 134 Abs. 1 Nr. 3 GVG i.V.m. §§ 94 bis 100a StGB (BGBl. I 1968, 741, [745 ff., 749 f.]) – absehen oder bei bereits erhobener Klage diese in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen und das Verfahren einstellen, „wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen" (vgl. dazu auch *BVerfG,* NStZ 1995, 383 [387] sowie *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 287).

457 So sicherte etwa der erste katholische Bundespräsident *Heinrich Lübke* dem Prälat *Wilhelm Wissing,* Leiter des Katholischen Büros Bonn, zu, die Gnadenanträge des Bundesjustizministers unverzüglich zu unterzeichnen; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 167.

458 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 148; *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 168 ff.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 190 u. 206. *Frenzel* erhielt im Zuge seines Freikaufs mit Datum vom 23. Dezember 1966 seine Entlassungsurkunde aus der Staatsbürgerschaft der Bundesrepublik Deutschland; abgelichtet in *Diekmann,* a.a.O., S. 147.

459 *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 154.

460 *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, Eine Deutsch-Deutsche Beziehungsgeschichte, 2014, S. 115–117 u. 201; *Pötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 196 ff.; *Rehlinger,* Freikauf: die Geschäfte der DDR mit politisch Verfolgten 1961–1989, 1991, S. 82 ff.; *Wölbern,* Der Häftlingsfreikauf aus der DDR 1962/63–1989, 2014, S. 204 ff. Zu *Felfe* s. auch *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 179 ff.
Heinz Felfe setzte danach sein Jurastudium an der Humboldt-Universität Berlin-Ost fort, promovierte und wurde anschließend zum Professor in der Sektion Kriminalistik berufen (*Pötzl,* Mission Freiheit. Wolfgang Vogel, 2014, S. 203); zum beruflichen Werdegang siehe auch *Jenkis,* Der Freikauf von DDR-Häftlingen, 2012, S. 49, Fn. 30.

461 Siehe dazu den SPIEGEL-Beitrag vom 26. Dezember 1988 (Heft 52/1988): „Guillaume: Wer war der Schurke?" (http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13532034.html) sowie den Bericht der SZ-online vom 01. Oktober 2011 „Heute vor 30 Jahren" (http://www.sz-online.de/nachrichten/heute-vor-30-jahren-899055.html); jeweils zuletzt besucht am 12. Februar 2018. Am 28. Januar 1985 verlieh die Hochschule des Ministeriums für Staatssicherheit in Potsdam *Guillaume* in „Anerkennung seiner besonderen Verdienste um die Sicherung des Friedens und die Stärkung der DDR" den Titel „Doktor der Rechtswissenschaft (ehrenhalber)"; vgl. auch *Diekmann* (Hrsg.), Freigekauft, Der DDR-Menschenhandel, 2012, S. 160; *Plötzl,* Basar der Spione, 1997, S. 234 ff., 243 ff.

inhaftierte Verleger und Direktor des „Verlags der Nation“ *Günter Hofé* wurde im Tausch gegen mehrere in der DDR politisch Inhaftierte 1964 vorzeitig freigelassen[462].

D. Über die Gnade im geltenden Recht

I. Die gesetzliche Ausgangslage

1. Das Bundesrecht

Das Begnadigungsrecht wird gemäß Art. 60 Abs. 2 GG auf Bundesebene durch den Bundespräsidenten ausgeübt. Fast wortgleich wurde mit dieser Bestimmung Art. 49 WRV übernommen. Dieser sprach dem Reichspräsidenten die Ausübung der entsprechenden Befugnis für das Reich zu.

Art. 60 Abs. 3 GG räumt dem Bundespräsidenten die Möglichkeit ein, die Gnadenkompetenz auf andere Bundesbehörden zu delegieren. Davon hat er durch die Anordnung über die Ausübung des Begnadigungsrechts des Bundes vom 05. Oktober 1965 in nicht unerheblichem Umfang Gebrauch gemacht und auch eine Weiterübertragung von Gnadenbefugnissen auf nachgeordnete Stellen zugelassen[463]. Die Gnadenordnung von 1935 galt noch lange für den Bund fort[464]. Derzeit existiert keine Gnadenordnung für das Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten. Anders als z.B. in der Türkei ist die Ausübung des Begnadigungsrechts damit auch nicht auf bestimmte, in der Person des Betroffenen liegende Gründe beschränkt[465]: Nach Art. 104 tVerf kann der Präsident die Strafen von Personen nur aus Gründen dauernder Krankheit, der Behinderung und des Alters erlassen oder mindern.

[462] *Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 166 u. 231. Auf Druck der Bundesregierung wurden bis Ende 1989 alle in der DDR inhaftierten westlichen Agenten aus den Gefängnissen entlassen; im Gegenzug begnadigte die Bundesregierung einige Ost-Agenten (*Koch,* Der Häftlingsfreikauf, 2014, S. 295).

[463] Anordnung vom 05. Oktober 1965, BGBl. I 1965, S. 1573; zuletzt geändert durch Anordnung vom 03. November 1970, BGBl. I 1970, S. 1513.

[464] Für Gnadenentscheidungen des Bundespräsidenten einschließlich der Gegenzeichnung durch den Bundesminister der Justiz wurde die Gnadenordnung von 1935 bis in die 1980er Jahre angewendet, *Görtemaker/Safferling,* Die Akte Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 190 u. 192.

[465] Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak.

Ob Begnadigungen gemäß Art. 58 GG zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder den zuständigen Bundesminister bedürfen[466], ist umstritten. Diejenigen, welche in der Befugnis zum Gnadenerweis ein höchstpersönliches, materiell freies Recht des Staatsoberhaupts sehen, lehnen die Gegenzeichnungspflicht ab[467]. Ihre auf einer historischen Einordnung des Gnadenrechts beruhende Argumentationslinie verfängt aber schon deshalb nicht, weil selbst in der preußischen Monarchie trotz der im Vergleich zum Bundespräsidenten allmächtigen Stellung des Königs die Gegenzeichnung eines Ministers auch für Begnadigungsakte erforderlich war[468]. Die Gegenzeichnungspflicht hat insofern auch einen Informations- und Kommunikationscharakter. Die Nichtaufnahme der Begnadigung in den Katalog der Ausnahmen von der Gegenzeichnungspflicht (Art. 58 S. 2 GG) spricht zusätzlich gegen einen allein auf der Natur der Begnadigungsbefugnis beruhenden Schluss auf eine Freistellung von der Gegenzeichnungspflicht[469]. Selbst die Befürworter[470] der Gegenzeichnung sind aber der Ansicht, dass mit Blick auf die Einordnung der Gnadenbefugnisse als Prärogativrecht des Bundespräsidenten die Gegenzeichnung nur verweigert werden darf, wenn die Begnadigung rechtlich willkürlich oder politisch untragbar ist[471].

466 Wie in Ungarn, siehe Art. 9 Grundgesetz von Ungarn (25. April 2011): (4) A köztársasági elnök […] g) gyakorolja az egyéni kegyelmezés jogát; (5) A köztársasági elnöknek a (4) bekezdésben meghatározott minden intézkedéséhez és döntéséhez a Kormány tagjának ellenjegyzése szükséges. Art. 9 (4) Der Staatspräsident […] g) übt das Recht der individuellen Begnadigung aus; (5) Zu allen in Absatz 4 festgelegten Maßnahmen und Entscheidungen des Staatspräsidenten ist die Gegenzeichnung eines Regierungsmitgliedes erforderlich.

467 *Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2 (Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung), § 30 III 6 b, S. 265; vgl. zur Rechtslage in Liechtenstein auch *Winkler,* Begnadigung und Gegenzeichnung. Eine praxisorientierte verfassungsrechtliche und staatstheoretische Studie über Staatsakte des Fürsten von Liechtenstein, 2005, S. 7 ff., 73 ff. u. 99.

468 Vgl. Art. 44 S. 2 der Verfassung Preußens vom 31.1.1850; *Loening,* DJZ 1896, 429 (430); vgl. auch *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (51).

469 *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 79.

470 *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 60, Rn. 8, 37; *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, 6. Aufl. 2012, Art. 60, Rn. 15; *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth,* GG, 14. Aufl. 2016, Art. 60, Rn. 4; *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, 14. Aufl. 2017, Art. 60, Rn. 45; *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 789; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, 6. Aufl. 2010, Art. 60, Rn. 33; *Nierhaus* in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 60, Rn. 11; *Heun* in: *Dreier,* GG, Art. 60, Rn. 29.

471 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 15; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 33; *Nierhaus* in: *Sachs,* GG, Art. 60, Rn. 15; *Heun* in: *Dreier,* GG, Art. 60, Rn. 29. Der zuständige Minister in der preußischen Monarchie hatte den Befehlen des Königs zu gehorchen; der Pflicht zur Gegenzeichnung konnte er ledig-

2. Das Landesrecht

a) Die rechtlichen Grundlagen

Auf Landesebene wird das Begnadigungsrecht durch den Ministerpräsidenten ausgeübt (Art. 39 Abs. 1 Verf SH, Art. 36 Abs. 1 Verf ND, Art. 92 Verf BB, Art. 85 Abs. 1 Verf ST, Art. 67 Abs. 1 Verf SN, Art. 59 Abs. 1 Verf NRW, Art. 52 Abs. 1 Verf BW, Art. 47 Abs. 4 Verf BY, Art. 78 Abs. 2 Verf TH, Art. 103 Abs. 1 Verf RP, Art. 49 Abs. 1 Verf MV, Art. 109 Abs. 1 Verf HE), in den Stadtstaaten durch den Senat (Art. 81 VvB, Art. 44 Abs. 1 Verf HA, Art. 141 Abs. 1 Verf BR). Ganz überwiegend ist eine Übertragung der Befugnisse auf nachgeordnete Behörden möglich[472], wovon in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht wurde. Vor allem in den Fällen leichter und mittlerer Kriminalität sind vielfach die Staatsanwaltschaften zuständig[473]. Im Saarland ist auf der Grundlage von Art. 93 SVerf das Saarländische Gnadengesetz ergangen. Danach wird das Begnadigungsrecht grundsätzlich durch die Landesregierung ausgeübt (§ 3 Abs. 1 SGnG). In den anderen Bundesländern ist das Gnadenverfahren durchweg in Verwaltungsanordnungen oder Ministerialverfügungen geregelt, den Gnadenordnungen[474]. Diese entfalten aufgrund ihrer Rechtsnatur keine Außenwirkung, so dass die Betroffenen daraus – zumindest unmittelbar – keine eigenen Rechte ableiten können[475]. Der einzelne Verwaltungsbedienstete ist jedoch aufgrund seiner dienstrechtlichen Gehorsamspflicht ebenso wie bei innerdienstlichen Einzelweisungen zu ihrer Anwendung verpflichtet[476]. Durch die Gnadenordnungen der Justizminister nicht gebunden sind freilich die Ministerpräsidenten selbst, auch wenn sie in der Praxis häufig von ihnen berücksichtigt werden[477]. Als primärer Beweggrund für den Erlass der Gnadenordnungen wird angeführt, dass es „nicht […] rechtsstaatlichen Grundsätzen ent-

lich durch die Einreichung seiner Entlassung aus dem Amt entgehen; *Loening,* DJZ 1896, 429 (430); auch heute noch für eine Pflicht zur Unterzeichnung: *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 79.

472 *Leipold,* NJW Spezial 2007, 183.

473 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 94 f. m.w.N.; vgl. für Brandenburg § 4 Nr. 1 GnOBbg.

474 Dazu *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (160–163).

475 *Merten,* Rechtsstaatlichkeit und Gnade, 1978, S. 76; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 97.

476 *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24, Rn. 23.

477 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 97.

spräche, wenn die Inhaber des Gnadenrechts von einer unbeschränkten Gnadenbefugnis willkürlich Gebrauch machen könnten und würden“[478]. Bei der Ausübung der Gnadenbefugnis müsse „nach stetigen, gleichmäßigen und einheitlichen Grundsätzen entschieden werden“[479].

b) Das Gnadenverfahren

Die Gnadenordnungen der Länder unterscheiden sich in Einzelheiten, es bestehen aber viele Übereinstimmungen[480], aus denen sich landesübergreifende Vorgaben für das Gnadenverfahren ableiten lassen.

Nur in wenigen Ländern wird dem Verurteilten ein Recht auf Akteneinsicht gewährt[481], teilweise ist es auf die Einsicht ärztlicher Gutachten beschränkt[482], oder es besteht lediglich in Ausnahmefällen, über die der zuständige Minister zu entscheiden hat[483]. Auch Begründungspflichten bestehen nur vereinzelt[484]. Eine Pflicht zur Anhörung des Verurteilten wird, außer im Vorfeld einer Rücknahme oder eines Widerrufs[485], einheitlich nicht gewährt.

Förmliche Rechtsbehelfe gegen ablehnende Gnadenbescheide sind länderübergreifend ebenfalls nicht vorgesehen. Formlose „Einwendungen“ oder „Beschwerden“ können aber in fast allen Bundesländern erhoben werden[486]. Die Gnadenbehörde, in der Regel also die mit den Gnadenentscheidungen betraute Staatsanwaltschaft[487], kann den Einwendungen

478 *Wahl,* Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1954, S. 11.

479 *Junker,* ZStW 1951, 433 (435).

480 *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (159 f.).

481 So in Berlin: § 14 BerlGnO und im Saarland: § 11 Abs. 2 GnGSl.

482 Etwa nach § 21 Abs. 2 GnOLSA.

483 Vgl. § 4 Abs. 3 ThürGnO.

484 In Nordrhein-Westfahlen nach § 18 Abs. 2 S. 2 GnONW und in Rheinland-Pfalz bei ablehnenden Entscheidungen: Nr. 17.4 Abs. 2 GnORP.

485 Vgl. etwa § 31 Abs. 2 S. 1 GnONW und § 15 Abs. 3 GnOSH.

486 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 101; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 438 ff. mit einem Überblick über die verschiedenen Landesregelungen; vgl. für Baden-Württemberg: §§ 15 Abs. 1, 41 GnOBW; Bayern: § 18 GnOBay; Brandenburg: § 27 GnOBbg; Bremen: § 11 f. BremGnO; Hessen: § 30 HessGnO; Mecklenburg-Vorpommern: § 16b GnOM-V; Niedersachsen: § 39 GnONds; Nordrhein-Westfahlen: § 21 GnONW; Rheinland-Pfalz: Nr. 41 GnORP: Saarland: §§ 4 Abs. 2 S. 2, § 6 Abs. 1 GnGSl; Sachsen-Anhalt: § 40 GnOLSA; Sachsen: Nr. 35 GnOSa; Thüringen: § 32 ThürGnO.

487 In Brandenburg: der leitende Oberstaatsanwalt bei Entscheidungen, die von der Staatsanwaltschaft durchgeführt oder vollstreckt werden, § 4 Nr. 1 GnOBbg.

häufig selbst abhelfen und den erstrebten Gnadenerweis bewilligen. Wird nicht abgeholfen, entscheidet häufig der Justizminister[488].

Ganz überwiegend stellen die Gnadenordnungen auch materielle Voraussetzungen für die Gewährung von Gnadenerweisen auf[489]. Nach § 2 Abs. 2 GnOBbg etwa dienen Gnadenerweise dem Ausgleich von Unbilligkeiten, die darauf beruhen, dass wesentliche Umstände bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigt werden konnten, weil diese im Zeitpunkt der Entscheidung nicht bekannt waren oder erst danach eingetreten sind. Noch deutlicher werden die Gnadengründe unter anderem von § 14 GnONds vorgegeben. Zu berücksichtigen sind danach Eigenarten und besondere Anlagen des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, sein Verhalten vor und nach der Tat sowie im Strafvollzug und während anderer unmittelbar vorausgegangener Freiheitsentziehungen, seine Lebensverhältnisse und schließlich auch die von dem Gnadenerweis zu erwartenden Wirkungen auf den Verurteilten[490].

3. Die Abgrenzung der Gnadenkompetenzen

Die Gnadenkompetenzen des Bundes und der Länder bestehen unabhängig voneinander. Sie können nur im jeweiligen Justizhoheitsbereich ausgeübt werden[491]. Durch den Bundespräsidenten ist die Ausübung des Begnadigungsrechts nur in Verfahren möglich, die von der ersten bis zur letzten Instanz vor Bundesgerichten oder Bundesbehörden durchgeführt wurden. Das schließt Entscheidungen ein, in denen gemäß Art. 96 Abs. 5 GG Gerichte der Länder die Gerichtsbarkeit des Bundes im Wege der Organleihe ausüben[492]: Der Bundespräsident hat aufgrund des Wortlauts von Art. 60 Abs. 2 GG i.V.m. § 452 StPO, §§ 120 Abs. 6, 142a GVG nur die Kompetenz zur Ausübung der Begnadigung im Ein-

488 So etwa nach § 27 Abs. 3 GnOBbg; von vornherein zuständig ist der Justizminister etwa in Rheinland-Pfalz: Nr. 41.1 S. 2 GnORP.

489 Vgl. auch *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (161).

490 Eingehend zu den verschiedenen Gnadengründen: *Weyde,* Grundzüge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 22–38.

491 *Dimoulis,* Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, 1996, E.I.1.a), S. 498–499.

492 *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 60, Rn. 33; *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 14; *Nierhaus* in: *Sachs,* GG, Art. 60, Rn. 14; eingehend zur Abgrenzung: *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, Art. 60, Rn. 33–41.

zelfall für diejenigen Staats(schutz)sachen, für deren Verfolgung der Generalbundesanwalt entweder von vornherein (§ 120 Abs. 1 GVG)[493] oder nach Übernahme wegen der besonderen Bedeutung des Falls (§§ 120 Abs. 2, 74a Abs. 2 GVG) zuständig ist und die entscheidenden Oberlandesgerichte damit (gemäß § 120 Abs. 6 GVG; Art. 96 Abs. 5 GG) die Gerichtsbarkeit „im Wege der Organleihe" ausüben[494].

Der ganz überwiegende Teil möglicher Gnadenentscheidungen fällt aber den Ländern zu[495]. Bei Gesamtstrafen, die aus Einzelstrafen gebildet wurden, in Bezug auf welche das Begnadigungsrecht teils dem Bund und teils den Ländern obliegt, steht das Gnadenrecht allein dem Gnadenträger zu, dessen Gerichtsbarkeit das Gericht bei der Entscheidung über die Gesamtstrafe ausgeübt hat[496].

II. Die Rechtsprechung

1. Das Bundesverfassungsgericht

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist über Ansätze nicht hinausgelangt, das Gnadenrecht im Licht des Grundgesetzes neu zu deuten. Das Bundesverfassungsgericht erkannte schon in seinem unveröffentlichten Beschluss vom 11. Dezember 1952 – 1 BvR 673/52 –, dass Gnadenakte Hoheitsakte seien, die einer gerichtlichen Nachprüfung nicht unterliegen[497]. Auf einen Gnadenakt habe niemand ein Recht; somit könne auch grundsätzlich durch die Ablehnung eines Gnadenerweises kein Grundrecht verletzt sein[498].

493 Für die Straftaten i. S. d. § 120 Abs. 1 GVG ist gemäß § 142a GVG primär der Generalbundesanwalt zuständig, was das Grundgesetz klarstellt; OLG München NStZ 2005, 706, 707; *Huber,* in BeckOK-StPO, § 120 GVG, Rn. 1.

494 *Roggemann,* ROW (Recht in Ost und West) 31 (1987), 281 (282).

495 *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 60, Rn. 33; *Roggemann,* ROW (Recht in Ost und West) 31 (1987), 281 (282); *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 14.

496 *Weyde,* Grundzüge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 10 unter Bezugnahme auf eine Vereinbarung der Justizminister und Senatoren vom 27. Oktober 1971.

497 *Pfützner,* Begnadigung, Amnestie, Aufhebung der Strafbarkeit in Frankreich in: *Sieber/Cornils* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Bd. 5, 2010, S. 571 u. 572: Ebenso in Frankreich.

498 Ebenso später *BVerfGE* 25, 352 (363). Immerhin war im Kurzvotum zum Beschluss vom 11. Dezember 1952 erwogen worden (wenngleich durchgestrichen): „Durch eine ablehnende Gnadenentscheidung könnte eventuell der Gleichheitssatz verletzt sein, wenn gleiche Fälle ohne hinreichenden Grund ungleich behandelt sind."

Beim Ausschluss des Rechtswegs blieb es bis heute; die Ablehnung des Gnadenerweises ist wie in den zurückliegenden Jahrhunderten gerichtlich nicht überprüfbar. Hauptargument ist, dass das Grundgesetz das Gnadenrecht konserviert habe.

Bis heute maßgebend ist der Beschluss vom 23. April 1969[499] – 2 BvR 552/63 –, bei dem allerdings vier Richter dissentierten. Nach der tragenden Auffassung wird an der historisch überkommenden Gestaltung des Gnadenrechts festgehalten. Art. 60 Abs. 2 GG sei Art. 49 Abs. 1 WRV nachgebildet, welcher seinerseits an den Rechtszustand im Kaiserreich anknüpfe und keine Neuordnung des Gnadenwesens enthalte[500]. Auch aus dem Wortlaut der entsprechenden Regelungen in den Landesverfassungen ergebe sich kein Anhaltspunkt dafür, dass sich am überkommenen Inhalt des Gnadenrechts etwas geändert habe[501]. In einer kurzen historischen Analyse hat das oberste Gericht zwar erkannt, dass die Gnadenbefugnisse des Herrschers die Kehrseite der durch ihn ausgeübten richterlichen Gewalt waren[502]. Im Zusammenhang mit der Übertragung der Gnadenbefugnisse auf das demokratische Staatsoberhaupt verblieb es aber bei der allgemeinen Feststellung, dadurch sei das irrationale Element entfallen, welches in einer modernen demokratischen Gesellschaft keinen Platz haben könne[503]. Zur Begründung der mangelnden Justitiabilität von Gnadenakten wird schließlich noch auf fehlende Vorgaben des Grundgesetzes hinsichtlich normativer Voraussetzungen des Gnadenrechts zurückgegriffen. Dem Gesetzgeber sei nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt worden, solche Voraussetzungen zu schaffen; Bindungen und Beschränkungen des Gnadenrechts durch den Gesetzgeber seien nicht zulässig[504]. Die Gnadenordnungen stellten dementsprechend „lediglich verwaltungsinterne Weisungen über das Verfahren dar“[505]. Dem der Exekutive zugehörigen Träger des Gnadenrechts sei mit der Möglichkeit, unter Modifikation der Gewaltenteilung in die rechtsprechende Gewalt einzugreifen, eine „Gestaltungsmacht besonderer Art“ verliehen. Diese Möglichkeit dürfe nun nicht ihrerseits wieder der Kontrolle der Gerichte

499 *BVerfGE* 25, 352; dazu auch *Morsbach,* Justizpalast, 2017, S. 345 f.
500 *BVerfGE* 25, 352 (358).
501 *BVerfGE* 25, 352 (358).
502 *BVerfGE* 25, 352 (359).
503 *BVerfGE* 25, 352 (360).
504 Dass das Bundesverfassungsgericht das Preußische Strafvollstreckungs- und Gnadenrecht (Gesetz vom 1. August 1933, Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten 1933 (Nr. 53), S. 302) im Blick hatte, darf bezweifelt werden.
505 *BVerfGE* 25, 352 (361).

unterliegen[506], Art. 19 Abs. 4 GG gelte für Gnadenentscheidungen deshalb nicht[507]. Nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, dass es sich bei der Gnadenentscheidung um einen Akt der öffentlichen Gewalt handele. Die Frage, ob der Betroffene durch die Gnadenentscheidung in seinen Rechten verletzt sein kann, wurde ebenfalls offengelassen[508]. Gegen die Justitiabilität ins Feld geführt wurde aber die „Eigenart der Einzelbegnadigung", zu der nicht nur gehöre, dass sie von einer Zustimmung des Betroffenen unabhängig sei, sondern zusätzlich, dass ein Recht auf einen Gnadenerweis nicht bestehe und deshalb auch nicht verletzt werden könne. Für die Ermessensentscheidung des Gnadenträgers fehle es schließlich „angesichts der denkbaren Motivationen an greifbaren Maßstäben", sie sei deshalb gerichtlich nicht nachprüfbar[509].

Nach Ansicht der dissentierenden Richter eröffne dagegen Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg gegen willkürliche Gnadenentscheidungen. Justizfreie Gnadenakte seien mit der rechtsstaatlichen, gewaltenteilenden Verfassung Deutschlands unvereinbar[510]. Systemwidrige Eingriffe in die Rechtsprechung seien Gnadenakte daher nicht, sondern eine Modifikation von gesetzeskonformen Richtersprüchen, soweit sie mit „den Postulaten individueller Gerechtigkeit ausnahmsweise in einen Konflikt geraten". Die Gnadenträger dürften die Gnade dementsprechend „nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und der durch diese, insbesondere durch Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG, gezogenen Grenzen ausüben"[511]. Das Fehlen gesetzlicher Vorgaben sei kein Indiz für die mangelnde Justitiabilität, sondern Ausdruck der komplexen Motivation, welche einer Gnadenentscheidung zugrunde liege. Diese führe dazu, dass der Gnadenträger grundsätzlich nach freiem Ermessen entscheiden könne. Die Ermessensbindung bedeute aber, dass eine Ablehnung des Gnadengesuchs nur auf Gründen fußen dürfe, welche der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen. Werde „das Begnadigungsrecht

506 *BVerfGE* 25, 352 (361 f.).

507 Auf dieser Linie hatten zuvor etliche Gerichte entschieden: *VGH Stuttgart,* DÖV 1950, 377; *OVG Münster,* NJW 1953, 1240; *OVG Rheinland-Pfalz,* ZBR 1954, 279 (281); *OLG Düsseldorf,* JZ 1959, 58 f.; *OVG Hamburg,* JZ 1961, 165; *OLG Oldenburg,* MDR 1965, 221; die Justitiabilität offengelassen: *OLG Hamburg,* JZ 1969, 739.

508 *BVerfGE* 25, 352 (362).

509 *BVerfGE* 25, 352 (363); so zuvor bereits das *OLG Düsseldorf* (JZ 1959, 59 [59]), das die Gnadenentscheidung für frei von allen rechtlichen Bindungen bzw. Schranken hielt und sie auch nicht den sonst gültigen Grundsätzen des Ermessens unterstellen wollte. Einen Raum für Beanstandungen wegen Ermessensfehlern sah es deshalb nicht.

510 *BVerfGE* 25, 352 (363).

511 *BVerfGE* 25, 352 (364).

durch willkürliche Handhabung mißbraucht", sei „der Verurteilte in seinem durch Art. 1 und 3 GG begründeten Recht auf eine rechtsstaatskonforme, d.h. nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung verletzt"[512].

Ungeachtet dieser Argumente bestätigte das Bundesverfassungsgericht[513] seine Rechtsprechung im Beschluss vom 12. Dezember 1971 – 2 BvR 520/70 –, erkannte aber, dass der Widerruf eines Gnadenerweises[514] der gerichtlichen Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG unterliegt. Anders als die Ablehnung eines Gnadenerweises sei „jede, den Verurteilten belastende Entscheidung der Gnadenbehörden […] ein rechtlich gebundener Akt, wenn sie eine dem Verurteilten zuvor im Gnadenwege eingeräumte Rechtsstellung" verschlechtere[515]. Der Verurteilte müsse auf den Fortbestand des Gnadenerweises vertrauen können. Der Widerruf sei nur unter den im Gnadenakt selbst gesetzten Voraussetzungen möglich[516]. Im Ergebnis bedeutet es, dass Gnadenerweise in gewissem Umfang korrigiert werden können, ablehnende Gnadenbescheide aber unabänderlich sind, wenn nicht ein neuer Gnadenantrag gestellt wird.

Das Gericht[517] hielt auch in seinem Urteil vom 22./23. März 1977 – 1 BvL 14/76 – zur lebenslangen Freiheitsstrafe an seiner Linie fest: Die Begnadigung ergehe in einem internen Verfahren, das keine justizförmigen Garantien kenne. Die Gründe für die Gnadenentscheidung seien einer Nachprüfung nicht zugänglich[518].

Lediglich in dem Nichtannahmebeschluss[519] des Bundesverfassungsgerichts vom 15. September 1978 – 2 BvR 707/78 – klingt ein neuer Akzent an[520]. Es wird ausgeführt, dass eine Gnadenentscheidung nur darauf überprüft werden könnte, „ob sie materiell den durch das Grundgesetz abgesicherten Mindestanforderungen – insbesondere dem Erfordernis der Willkürfreiheit" – entspreche „und daher rechtsstaatskonform ist", sofern man die Justitiabilität unterstellt. Leichte Zweifel an der bisherigen Rechtsprechung mag man der Entscheidung entnehmen. Denn auf den

512 *BVerfGE* 25, 352, (364 f.).
513 *BVerfGE* 30, 108 (110).
514 Zu einem Beispiel des Widerrufs einer Gnadenentscheidung: *Posser,* Anwalt im Kalten Krieg: Deutsche Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, 2000, S. 298 f. *(Richard Scheringer).*
515 *BVerfGE* 30, 108 (111).
516 *BVerfGE* 30, 108 (110).
517 *BVerfGE* 45, 187.
518 *BVerfGE* 45, 187 (245 f.).
519 *BVerfG,* NJW 1978, 2591.
520 *Wassermann,* Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, Art. 19 Abs. 4, Rn. 32.

materiellen Prüfungsmaßstab einzugehen, bedürfte es nicht, wenn der Ausschluss des Rechtswegs für alle Zeit *„in Stein gemeißelt"* sein sollte. Später, in den Beschlüssen vom 04. April 1984 – 1 BvR 1287/83[521] –, vom 03. Juli 2001 – 2 BvR 1039/01[522] – und vom 26. Oktober 2006 – 2 BvR 1587/06 –, bestätigte das BVerfG freilich seine frühere Rechtsprechung. Art. 60 Abs. 2 GG schließe eine gerichtliche Nachprüfbarkeit ablehnender Gnadenakte aus, weil es kein Recht auf einen Gnadenerweis gebe.

2. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof und der Hessische Staatsgerichtshof

Im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehen Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Hessischen Staatsgerichtshofs. Die vor diesen Gerichten erhobenen Verfassungsbeschwerden waren zwar zulässig, aber unbegründet.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof[523] wies mit seiner Entscheidung vom 06. Dezember 1965 – Vf. 77-VI-64 – einen neuen Weg, den die dissentierenden Richter in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. April 1969[524] – 2 BvR 552/63 – weiterverfolgten. Zwar habe der Verurteilte weder ein subjektives öffentliches Recht noch einen Anspruch auf Gewährung eines Gnadenerweises. Dem Ministerpräsidenten stehe bei der Ausübung des Begnadigungsrechts ein sehr weiter Ermessensspielraum zu. Eine Begnadigung könne aus jedem von der Wertordnung der Verfassung nicht missbilligten Grund abgelehnt werden. Das Ermessen sei aber nicht unbegrenzt. Wie jedes Staatsorgan und jede Behörde seien auch die für die Gnadenentscheidungen zuständigen Stellen „an die Verfassung und vor allem an die unübersteigbaren Schranken gebunden, die durch die elementaren Grundrechte als dem positiven Recht vorausliegenden Rechten der öffentlichen Gewalt gezogen sind". Dazu zählte der Bayerische Verfassungsgerichtshof im besonderen Maße das Willkürverbot als objektives Gerechtigkeitsprinzip. Die Ablehnung eines Gnadengesuchs auf der Grundlage von Merkmalen, wie sie z. B. in Art. 3 Abs. 3 GG enthalten sind, berechtige deshalb zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofs. Dieser würde seinerseits die Verfassung ver-

521 *BVerfGE* 66, 337 (363).
522 *BVerfG,* NJW 2001, 3771.
523 *BayVerfGH,* NJW 1966, 443.
524 *BVerfGE* 25, 352.

letzen, lehnte er einen unter diesen Gesichtspunkten gestellten Antrag von vornherein als unstatthaft ab. Die im Rechtsstaat erwartungsgemäß geringe Anzahl von Willkürverstößen ändere an dieser Einschätzung nichts. Denn zulässig sein müsse die Verfassungsbeschwerde, solange Verfassungsverletzungen „nicht schlechthin unmöglich sind".

Diese Position hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof auch in seiner zweiten Entscheidung vom 14. Dezember 1978 – Vf. 8-VI-78 – nicht aufgegeben. Er schloss sich zwar den Argumenten an, welche aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts gegen die Justitiabilität von Gnadenentscheidungen angeführt wurden[525]. Wegen der im Vergleich zu Art. 19 Abs. 4 GG weiterreichenden, umfassenden in der Bayerischen Verfassung verankerten Rechte auf Anrufung des Verfassungsgerichtshofs ist es aber vom Fortbestand der Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Gnadenentscheidungen auf Landesebene ausgegangen und hat vor allem an der Willkürkontrolle weiter festgehalten[526]. In den Beschlüssen vom 20. Mai 1983 – Vf. 58-VI-82[527] – und vom 19. Juli 1996 – Vf. 93-VI-92 – hielt der Bayerische Verfassungsgerichtshof an dieser Linie fest. Verlangt wird aber, dass der Petent sich vor der Verfassungsbeschwerde mit einem Abhilfegesuch an das Staatsministerium der Justiz gewandt hat (§ 51 Abs. 3 S. 1 VfGHG Bayern).

Im Anschluss an den Bayerischen Verfassungsgerichtshof befürwortete der Hessische Staatsgerichtshof[528] in seinem Urteil vom 28. November 1973 – P St. 653 – die Justitiabilität von Gnadenentscheidungen; dabei stützte er sich auf Art. 131 Abs. 3 Verf HE in Verbindung mit §§ 45, 46 StGHG. Das Begnadigungsrecht finde in den Grundrechten, vor allem auf Gleichheit und Freiheit, seine Grenzen. Ob diese überschritten seien, ob insbesondere willkürlich verfahren und ob das aus der Würde des Menschen folgende Grausamkeitsverbot verletzt worden sei, unterliege der verfassungsrechtlichen Nachprüfung. Wie die dissentierenden Richter des Bundesverfassungsgerichts spricht der Hessische Staatsgerichtshof[529] dem Verurteilten ein „Recht auf eine rechtstaatskonforme, d.h. nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung" zu.

525 *BayVerfGHE* 31, 230, Rn. 10.
526 *BayVerfGHE* 31, 230, Rn. 12 f.
527 *BayVerfGH,* BayVBl. 1983, 624.
528 *Hess. StGH,* NJW 1974, 791.
529 *Hess. StGH,* NJW 1974, 791 (793).

3. Die Verwaltungsgerichte, die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und die Finanzgerichte

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof[530] erkannte in seinem Urteil vom 29. November 1962 – OS V 18/60 –, dass der „Rechtsschutz […] nicht schon mit der Begründung versagt werden" könne, „daß niemand ein Recht auf Begnadigung oder einen sonstigen Gnadenerweis habe". Dieser Position, die im Widerspruch zum (unveröffentlichten) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Dezember 1952 – 1 BvR 673/52 – steht, schlossen sich die Verwaltungsgerichte[531] und auch die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit[532] nicht an. Sie halten den Rechtsweg gegen ablehnende Gnadenentscheidungen nicht für gegeben – zuletzt das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg mit eingehender Begründung[533]. Sie berufen sich insoweit zum Teil auch auf die sich aus § 31 BVerfGG ergebende Bindungswirkung[534]. Unter Anknüpfung an die Argumentationslinie des Bundesverfassungsgerichts wird darüber hinaus die Justitiabilität von Verfahrensentscheidungen der Gnadenbehörde über Art und Umfang der Gewährung rechtlichen Gehörs oder die Akteneinsicht durch den Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen verneint[535]. Das OLG Stuttgart[536] verweist auf die Gnadenbeschwerde nach § 42 GnOBW.

Der Bundesgerichtshof[537] geht davon aus, dass ein Gnadenpetent „Schadensersatzansprüche mit der Behauptung geltend machen" könne, „die Gnadenbehörde habe ihm gegenüber Amtspflichten verletzt". Denn es bestehe ein Anspruch „auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und ein pflichtgemäßes Verhalten der beteiligten Hoheitsträger". Amtshaftungsansprüche lassen sich nur durchsetzen, wenn der Rechtsweg dafür eröffnet ist. Daran äußert der Bundesgerichtshof keinen Zweifel. Auch das Reichsgericht[538] sah hinsichtlich der Amtspflichten des mit der Gnadenentscheidung befassten Beamten „keinen grundsätzlichen Unterschied

530 *VerwRspr.* 1963, 918 (921).
531 *BVerwGE* 6, 167; 14, 73; *BVerwG,* NJW 1983, 187.
532 *OLG Hamburg,* MDR 1996, 193; NJW 1975, 1985; *OLG Stuttgart,* NStZ 1985, 331 (332); *OLG München,* NJW 1977, 115; *OLG Hamm,* NJW 1973, 1090 (1091).
533 *HansOLG Hamburg,* JR 1997, 255.
534 *OLG München,* NJW 1977, 115.
535 *OLG Hamburg,* NJW 1975, 1985.
536 NStZ 1985, 331,
537 *BGHZ* 57, 33 (46); dazu auch *Streng* (Anm. zu *HansOLG Hamburg*), JR 1997, 257 (259).
538 *RGSt* 58, 263 (266).

zwischen ihrer Tätigkeit auf diesem Gebiet und ihrer sonstigen Verwaltungstätigkeit". Folglich könne der Tatbestand von § 332 StGB erfüllt sein.

Der Bundesfinanzhof hat – allerdings zeitlich vor dem maßgeblichen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – in zwei Entscheidungen zum Steuerstrafrecht den Rechtsweg gegen ablehnende Gnadenentscheidungen zunächst für eröffnet gehalten[539]. Denn „Härten zu mildern und den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles […] gerecht zu werden", ist nur bei Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht gewährleistet"[540]. Mit Urteil vom 14. Dezember 1958 – II 133/56 U – wurde die Frage aber schließlich offengelassen und den ordentlichen Gerichten mit der Begründung überantwortet, dass es sich dabei um eine Entscheidung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts handele[541].

4. Ausländische Gerichte

Im Fall von *John Hugo* schloss sich der *Constitutional Court of South Africa*[542] der *dissenting opinion* im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. April 1969 – 2 BvR 552/63 – ausdrücklich an und erkannte einstimmig, dass *presidential pardons* gerichtlich überprüfbar seien[543]. Im Fall *Regina v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley,* [1994] QB 349[544] entschied der *High Court, Queen's Bench Division* entgegen früherer Auffassung, dass das Begnadigungsrecht, obwohl dem Minister ein weiter Ermessensspielraum zustehe, grundsätzlich justitiabel sei[545].

539 *BFHE* 56, 797; 61, 198.
540 *BFHE* 61, 198, Rn. 21.
541 *BFHE* 68, 670, Rn. 15.
542 The President of the Republic of South Africa and Another *v Hugo,* 1997 (&) BCLR 708 (CC), zitiert nach *Oelkers,* ZaöRV 1997 (57), 899.
543 *Oelkers,* ZaöRV 1997 (57), 899 (906).
544 The Law Reports 1994.
545 The exercise of the power is reviewable by the Divisional Court by way of Judicial Review: See R v Secretary of State for the Home Department, ex parte *Bentley* [1993] 4 All ER 442 which held:
„The court had jurisdiction to review the exercise of the royal prerogative of mercy by the Home Secretary in accord with accepted public law principles since the exercise of the prerogative was an important feature of the criminal justice system and a decision by the Home Secretary which was infected with legal errors ought not to be immune from legal challenge merely because it involved an element of policy or was made un-

Schließlich sah das *Oberste Gericht von Brasilien*[546] den Rechtsweg bei Gnadenentscheidungen als gegeben an.

III. Das Schrifttum

1. Die Gegner der Justitiabilität

Bereits vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurden das Wesen der Gnade und ihr grundsätzlicher Sitz beim Staatsoberhaupt für Eckpfeiler der Nichtjustitiabilität gehalten. Es handele sich bei der Gnadenmacht um einen Rest „ungeteilter", dem Staatsoberhaupt von der Verfassung „vorbehaltener" Staatsgewalt, einem „Rest des Imperiums" oder des *„ius eminens"*. Wer Gnadenakte der gerichtlichen Nachprüfung unterstellen wolle, müsse die Verfassung ändern und dem Staatsoberhaupt die Gnadengewalt entziehen[547].

Eine geringer werdende Anzahl von Autoren stützt bis in die heutige Zeit die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und beruft sich im Wesentlichen auf die gleichen Argumente[548].

Es wurde angenommen, dass es sich bei Gnadenentscheidungen um gerichtsfreie Akte der öffentlichen Gewalt handele[549]. Nicht nur der Einzelne habe im Rahmen der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten freien Entfaltung der Persönlichkeit das Recht auf Willkür; auch im Staatsleben

der the prerogative.", *David Malone* of Red Lion Chambers and *Christopher Snell* of No 5 Chambers, The Law Society Gazette, 06. November 2015, vgl. https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/the-royal-prerogative-of-mercy/5052062.article; zuletzt besucht am 13. Februar 2018. Siehe auch *Schirmer,* Konstitutionalisierung des englischen Verwaltungsrechts, 2007, S. 253.

546 Suprimo Tribunal Federal (STF), Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, no 5874 MC/DF; FAZ.NET – POLITIK, Beitrag vom 30. Dezember 2017, „Gericht in Brasília annulliert Gnadenerlass", vgl. http://plus.faz.net/politik/2017-12-30/6ba2abeceb3371550224ef62926a4bca?GEPC=s9; zuletzt besucht am 13. Februar 2018.

547 *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (127 f.).

548 *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 90; *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491; *Meier,* Vertraulich, aber unspektakulär: die Gnadenpraxis in Deutschland in: *Feltes/Pfeiffer/Steinhilper* (Hrsg.): Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1059; *Pflieger,* ZRP 2008, 84 (85); vgl. auch *Huba,* Der Staat 29 (1990), 117 (120 ff.); *Held,* Gnade und Recht in: *Böttcher/Hueck/Jähnke* (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 413 (417).

549 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491.

gäbe es freie Akte, wie die nicht gebundene Abstimmung im Parlament, die in ihrer Begründung nicht überprüfbar seien[550]. Bei der Gnadenentscheidung handele es sich ebenfalls um einen derartigen, freien Akt[551], der als materieller Regierungsakt[552] justizlos sei[553]. Gnade sei eben noch mehr als freies Ermessen, sie sei „vollkommen frei"[554]. Auf einen Verstoß gegen das Willkürverbot hin könne eine solche Entscheidung nicht überprüft werden; denn Willkür sei, was sachfremd ist. Wenn aufgrund der völligen Entscheidungsfreiheit aber nicht festgestellt werden könne, was sachlich gerechtfertigt wäre, fehle es an einem Maßstab für die Willkürprüfung[555]. Weil mangels eines Rechts auf Gnade und der vollkommenen Freiheit der Gnadenentscheidung Rechte des Betroffenen nicht verletzt sein könnten, sei der Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet[556]. Abgesehen davon müsse ein Gericht bei der Überprüfung einer ablehnenden Gnadenentscheidung auch darüber befinden, ob das Urteil des ersten Gerichts gerecht gewesen sei. Diese Entscheidung liege aber außerhalb seiner Zuständigkeit; denn es könne nicht auf Umwegen gegen die rechtskräftige Entscheidung des ersten Gerichts angerufen werden[557].

Darüber hinaus macht *F. Reimer* geltend, dass mit der Gnade durch verfassungsrechtliche Anordnung ein weiteres System neben dem Recht geschaffen worden sei, dem eine andere Rationalität zugrunde liege. Die Gnade sei insofern als Fremdkörper im Rechtsstaat gewollt; sie zeige die Endlichkeit des Rechts auf und könne dessen Grenzen überwinden[558]. Er stützt sich namentlich vor allem auf *Radbruchs* Rechtsphilosophie. Danach sei die Gnade ein leuchtender Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbreche und die kühle Düsternis

550 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (495); in diesem Sinne auch *Pflieger,* ZRP 2008, 84 (85).

551 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (498).

552 *Husen,* DVBl. 1953, 70 (72); *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (127 f.); *Schneider,* Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951, S. 47.

553 *Jellinek,* VDStRL 8, 159 (160).

554 *Jellinek,* VDStRL 8, 159 (160).

555 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (494).

556 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (499 f.); *Held,* Gnade und Recht in: *Böttcher/Hueck/Jähnke* (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, 1996, S. 413 (421).

557 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (499).

558 *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 67 f. u. 90.

der Rechtswelt erst sichtbar mache. Rechtsfremde Wertegebiete, wie die religiöse Barmherzigkeit und ethische Duldsamkeit, sollen durch die Gnade in die Rechtswelt hineinragen[559]. Eine Reminiszenz des Gottesgnadentums soll m.a.W. demnach heute noch durch den Gnadenträger als Fremdkörper von außen in den Rechtsstaat hineinwirken. Insoweit geht diese Begründung über die Argumentationslinie des Bundesverfassungsgerichts hinaus, welches die Gnade aller irrationalen Elemente entkleidet sehen möchte[560]. Die Unvollkommenheit des Rechts wird zum Anlass genommen, eine rechtsfreie Gnade zur Sicherung und Ergänzung des Rechtssystems und damit letztlich zur Verwirklichung bzw. „Selbstkorrektur" von Gerechtigkeit zu fordern[561]. Mitunter wird aus den sakralen Elementen der Gnade und ihrer personalen Verknüpfung mit demjenigen, der sie wohlwollend, barmherzig und milde ausübe, aber auch der Schluss gezogen, dass sie als Anachronismus im demokratischen Rechtsstaat störe und besser ersatzlos gestrichen werde[562].

2. Die Befürworter der Justitiabilität

Teile des Schrifttums begehren gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit langem auf[563]. Als Akte der öffentlichen Gewalt sollen Gnadenentscheidungen den Grenzen von Art. 1 Abs. 3 und 20

559 *Radbruch,* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, § 24, S. 165; vgl. auch *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (59) und *Huba,* Der Staat 29 (1990), 117 (122).

560 *BVerfGE* 25, 352, 360.

561 *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (501 f.); zurückgehend auf *Jhering,* Der Zweck im Recht, 1. Band, 3. Aufl. 1893, S. 427 f.

562 *Huba,* Der Staat 29 (1990), 117 (119 u. 123 f.); vgl. auch *Schneider,* MDR 1991, 101 (104), der stattdessen eine gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens nach dem Muster von § 57a StGB fordert.

563 *Knemeyer,* DÖV 1970, 121; *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 9, 11; *Schenke* in: BK-GG, 141. Aktualisierung 2009, Art. 19 Abs. 4, Rn. 316–323; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Huber* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 428; *Dreier* in: *Dreier,* GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64; *Schmidt-Aßmann* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 80; *Sachs* in: *Sachs,* GG, Art. 19, Rn. 119; *Trautmann,* MDR 1971, 173; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 406–419; *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (175); *Kauther,* VRS 1978, 193, *Mickisch,* Die Gnade im Rechtsstaat, Diss., 1996, S. 69 ff., 165 ff.; *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 69–74; *von Preuschen,* NJW 1970, 458; *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1329); vgl. auch bereits: *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960, S. 36; *Menger,*

Abs. 3 GG unterliegen[564], die Eröffnung des Rechtswegs ergebe sich aus Art. 19 Abs. 4 GG[565]. Diese Norm schließe justizlose Hoheitsakte und gerichtslose Staatsakte aus, wie *Bettermann*[566] schon 1948 nachdrücklich feststellte. Materiellrechtlich wird – auch unter Anknüpfung an die Entscheidung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs – vor allem eine Kontrolle anhand des in Art. 3 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG verankerten Willkürverbots gefordert[567]. Nur so lasse sich überprüfen, ob irrationale Elemente, wie sie selbst nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Gnadenentscheidung nicht mehr zugrunde gelegt werden sollen, in diese eingeflossen sind[568]. Der Kontrolle unterliegen soll auch die Selbstbindung der Verwaltung durch eine dauernde gleichartige Ausübung des Ermessens in Form einer gefestigten Gnadenpraxis[569]. Trotz des weiten Ermessensspielraums, welcher den Gnadenträgern zusteht, müssten Gnadenentscheidungen darüber hinaus generell auf Ermessensfehler, wie dem Ermessensnichtgebrauch, hin überprüfbar sein[570].

Dezidiert nehmen die Befürworter der Justitiabilität zu den einzelnen Argumenten aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und denjenigen seiner Unterstützer Stellung:

Anmerkung zu *BVerwG,* DVBl. 1957, 681 (ab 683); *Rupp,* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 182 f., Fn. 254; *Bettermann,* MDR 1949, 394 (398); *ders.,* AöR 1973, 528; *Müller,* DVBl. 1963, 18; *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (43); *Roellecke,* F.A.Z. vom 19. Mai 2007, Nr. 115, S. 36.

564 *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (123); *Kauther,* VRS 1978, 193 (196); *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 9; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 321; *Trautmann,* MDR 1971, 173 (175).

565 *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 318; *Dreier* in: *Dreier,* GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64; *Trautmann,* MDR 1971, 173 (175); *Bettermann,* MDR 1949, 394 (398); *von Preuschen,* NJW 1970, 458 (459).

566 MDR 1948, 394 (398).

567 *Kauther,* VRS 1978, 193 (196); *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (123); *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 321; *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 11; *Schmidt-Aßmann* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 80; *Sachs* in: *Sachs,* GG, Art. 19, Rn. 119; *Dreier* in: *Dreier,* GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64; *Trautmann,* MDR 1971 (173, 175 f.); *Müller,* DVBl. 1963, 18 (23); *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1331); *Petersen,* Recht vor Gnade in Ovids Tristia in: *Arnold/Lorenz* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2015, S. 351 (361 f.).

568 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 410.

569 *Kauther,* VRS 1978, 193 (197).

570 *Kauther,* VRS 1978, 193 (197); *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (123); *Bettermann,* AöR 1973, 528 (539); *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 39; „unter Umständen": *Roellecke,* F.A.Z. vom 19. Mai 2007, Nr. 115, S. 36.

a) Das historische Argument

Dem historischen Argument von der Übernahme der überkommenen Gnade in das Grundgesetz komme im Vergleich zur grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung – vor allem mit zunehmendem zeitlichen Abstand – nur ein geringer Stellenwert zu[571]. Zu leicht werde es mangels ableitender (kognitiver) Begründung zum Alibi für die Begründung gewünschter Ergebnisse[572]. Die rein historische Betrachtungsweise sei zur Klärung der staatsrechtlichen Einordnung des Gnadenbegriffs im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes ungeeignet[573].

Das Gnadenrecht sei zwar historisch vorgeformt, müsse sich aber unter der Geltung des Grundgesetzes in dessen systematischen Zusammenhang einordnen[574]. Darüber hinaus sei das Gnadenrecht auch in der Geschichte starken Wandlungen unterworfen gewesen, so dass ein einheitliches Bild nicht erkennbar sei, aus dem sich Rückschlüsse auf eine unveränderliche Natur des Gnadenrechts ableiten ließen[575]. Die Wandlungsfähigkeit lasse eher den gegenteiligen Schluss dahingehend zu, dass die Gnade nicht losgelöst von dem jeweiligen verfassungsrechtlichen Kontext gesehen werden könne und ihre Bewertung im demokratischen Verfassungsgefüge anders als zuvor ausfallen müsse[576]. Dem stehe nicht entgegen, dass Art. 60 Abs. 2 GG am Wortlaut von Art. 49 WRV festhalte. Denn ein gleichbleibender Wortlaut könne durch einen geänderten Verfassungsrahmen eine andere Bedeutung erlangen[577]. Mangels näherer Diskussionen über den Inhalt des Begnadigungsrechts im Hauptausschuss des Parlamentarischen Rats[578] könne auch nicht zwingend von einer Anknüpfung an den Rechtszustand im Kaiserreich und in der Weimarer Republik ausgegangen werden[579]. Soweit die Gnade träufeln

571 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 318; *Kauther,* VRS 1978, 193 (195).
572 *Kauther,* VRS 1978, 193 (195).
573 *Trautmann,* MDR 1971, 173.
574 *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60 Abs. 2, 3, Rn. 31; *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (151 ff.).
575 *Maurer,* JZ 1969, 739 (741); *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (122); *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 318; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 121; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 408.
576 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 7, 9; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 409; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (122); *Trautmann,* MDR 1971, 173.
577 *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (122).
578 Vgl. dazu *BVerfGE* 25, 352 (358).
579 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 121.

soll, „wie des Himmels milder Regen“[580], und sie lediglich auf irrationalen Beweggründen, wie Großmut, Barmherzigkeit oder Wohlwollen fußt, vielleicht gar aus Anlass eines Geburtstags des Bundespräsidenten gewährt werde, sei sie nunmehr mit dem Verständnis eines demokratischen Rechtsstaats nicht mehr in Einklang zu bringen[581]. Aus dem Wortlaut des lediglich als Kompetenznorm ausgestalteten Art. 60 Abs. 2 GG[582] ließen sich aber auch unabhängig vom Kontext keine Anhaltspunkte dafür, dass das Gnadenrecht in seiner bisherigen Form übernommen werden sollte, ableiten[583]. Im Gegenteil: Die in entsprechender Form auch schon in der WRV vorhandene Formulierung, „Er übt […] für den Bund das Begnadigungsrecht aus“[584] zeige, dass das Staatsoberhaupt nicht originärer Inhaber des Begnadigungsrechts sei[585]. Die Gnade werde ihm nicht mehr aus einem inneren Selbstverständnis heraus als „göttliches Amt“ zugeordnet. Als Volkssouverän sei er ein weltlicher Herrscher und nicht mehr Vollzieher einer verbindlichen göttlichen Gnadenordnung[586]. Die Legitimation durch den Willen des Volkes mache seine Herrschaft zu derjenigen des menschlichen Rechts. Sie müsse deshalb auch der Überprüfung durch den Menschen unterworfen sein[587]. Schließlich spreche noch die gewandelte tatsächliche Gnadenpraxis für die Justitiabilität, wonach Gnadenentscheidungen heutzutage auf der Grundlage von Sachverständigengutachten und Stellungnahmen der Justizvollzugsanstalten sowie anderen maßgeblichen Behörden getroffen werden[588].

580 *Shakespeare,* Der Kaufmann von Venedig, 4. Aufzug, 1. Szene.

581 *Kauther,* VRS 1978, 193 (195); *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (36 u. 42); *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 39; trotz grundsätzlicher Ablehnung der Justitiabilität auch: *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (501).

582 *Bettermann,* AöR 1973, 528 (538); *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1329).

583 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 408; *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 20.

584 In Art. 49 S. 1 WRV heißt es: „Der Reichspräsident übt für das Reich das Begnadigungsrecht aus.“

585 *Monz,* NJW 1966, 137 (139).

586 *Rupp,* Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 182 f., Fn. 254; *Hindrichs,* JZ 2008, 242 (243); *Schneider,* MDR 1991, 101 (102).

587 *Monz,* NJW 1966, 137 (139).

588 *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, Art. 60, Rn. 48.

b) Die Gewaltenteilung

Eine Modifikation der Gewaltenteilung bewirke die im Grundgesetz geregelte Begnadigungsbefugnis nicht; denn einerseits werde durch eine Begnadigung schon nicht in den Bereich der Judikative eingegriffen: Eine positive Gnadenentscheidung ziehe nämlich keine Aufhebung des Strafurteils nach sich, lediglich von ohnehin in den Exekutivbereich fallenden Vollstreckungsmaßnahmen werde dispensiert[589]. Andererseits gebe es für eine außerhalb der Gewaltenteilung stehende staatliche Gewalt aufgrund der Vorgaben von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG keinen Raum[590]. Schließlich wird auch geltend gemacht, dass das Prinzip der Gewaltenteilung nicht als Mittel der systematischen Auslegung verwendet werden könne. Vorgegeben sei durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur, dass es drei sich gegenseitig hemmende und kontrollierende Gewaltenträger gebe. Art. 60 Abs. 2 GG enthalte für den Bereich der Gnade insofern eine konkrete, ausgestaltende Regelung für das Verhältnis von Judikative und Exekutive. Eine Modifikation der Gewaltenteilung sei damit nicht verbunden, die Vorgaben seien stattdessen als der Gewaltenteilung immanent anzusehen[591].

Dennoch sollen sich für die Ausübung der Gnadenbefugnisse aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung Grenzen ergeben können: Zulässig sei im Begnadigungsweg lediglich der Ausgleich von Spannungen zwischen Gesetz und Einzelfall; eine generelle Korrektur von strukturellen Mängeln des Gesetzes durch eine Vielzahl rechtspolitisch motivierter Gnadenentscheidungen greife dem Gesetzgeber vor[592]. Weise das Gesetz Mängel auf, müsse es geändert werden[593]. Gnadenakte dürften die Verbesserung des (Straf-)Gesetzes weder vorwegnehmen noch verzögern.

589 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 319; *Herzog* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 60, Rn. 26. Anders ist es teilweise im australischen Recht: Bei Taten, die nach Bundesrecht bestraft werden, führt eine vollständige Begnadigung zur Aufhebung des Strafurteils; der Begnadigte ist so zu behandeln, als wäre er niemals angeklagt und verurteilt worden (Section 85ZR des Crimes Act 1914). Deshalb wird in der Ausübung des Begnadigungsrechts mitunter eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips gesehen *(Caruso/Crawford,* UNSW Law Journal, Vol. 37 [1], 312 [326 f.]).

590 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 319; *Menger/Erichsen,* VerwA 1970, 168 (171).

591 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 409.

592 *Bettermann,* AöR 1973, 528 (539 f.); *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (38); *Schall,* Gnade vor Recht oder Recht vor Gnade? in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 899 (907 f.).

593 So schon *de Candolle,* Le Droit de Grace, 1829, S. 13 (15).

Auch zur Rechtsmittelinstanz dürften Gnadenentscheidungen nicht werden, sie seien deshalb anders, als vom Bundesverfassungsgericht selbst angenommen, nicht zur Korrektur von Irrtümern der Urteilsfindung[594] zulässig; die vom geltenden Recht zur Verfügung gestellten Rechtsmittel und Rechtsbehelfe sollen insoweit abschließend sein[595]. Lediglich dem Ausgleich von nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen[596] und der Abmilderung von im konkreten Einzelfall als unbillig empfundenen Härten des Gesetzes diene die Gnade[597].

c) Die Grundrechtsbindung der Exekutive

Gnadenentscheidungen werden als Akte der vollziehenden Gewalt eingeordnet, die sich wie alle staatliche Gewalt der Verfassung weder entziehen könne noch dürfe[598]. Art. 1 Abs. 3 GG kenne „keine Reservate gegenüber der Bindung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht, auch nicht für die vollziehende Gewalt“[599]. Die von Art. 1 Abs. 3 GG angeordnete Grundrechtsbindung sei „lückenlos“[600]. Sie gelte damit auch für die Ausübung von Gnadenbefugnissen durch den Bundespräsidenten und andere Exekutivorgane[601]. Deshalb ergingen Gnadenentscheidungen trotz der ihnen immanenten weiten Entscheidungsspielräume nicht im rechtsfreien Raum[602]. Vor allem einer willkürlichen Ausübung

[594] Vgl. *BVerfGE* 25, 352, 360.

[595] *Bettermann,* AöR 1973, 528 (540); *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (38 f.); kritisch dazu: *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 256–261.

[596] Vgl. *BVerfGE* 25, 352, 360.

[597] *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (39 f.).

[598] *Stern/Sachs,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 74 II 6 b), S. 1372.

[599] *Böckenförde,* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 17; *Jesch,* Gesetz und Verwaltung, 1961, 210 f.; *Dreier* in: *Dreier,* GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3, Rn. 63; für eine Grundrechtsbindung der Gnadenträger auch: *Weyde,* Grundzüge des Gnadenrechts in: *Vordermayer/Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. 2016, Rn. 21.

[600] *Herdegen* in: *Maunz/Dürig,* GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 95.

[601] *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (123); *Kauther,* VRS 1978, 193 (196); *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1330); *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 9; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 321; Trautmann, MDR 1971, 173 (175); *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 72.

[602] *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 412.

des Begnadigungsrechts stehe das aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitbare Willkürverbot entgegen[603]. Allein daraus, dass es einen Anspruch auf die Begnadigung nicht gebe, folge nicht, dass der Betroffene durch die Gnadenentscheidung nicht in seinen subjektiven Rechten verletzt sein könne. Zumindest stehe ihm ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu[604]. Die Gnadenentscheidung müsse sich nicht nur am Willkürverbot orientieren, sondern auch das ebenfalls Art. 3 Abs. 1 GG unterfallende Postulat der Selbstbindung der Verwaltung beachten. Das ziehe eine Begründungspflicht für ablehnende Gnadenentscheidungen nach sich[605]. Aus den Prinzipien des Rechtsstaats und der Menschenwürde lasse sich zudem der Grundsatz rechtlichen Gehörs ableiten, aus dem sich für die Betroffenen ein Recht auf Akteneinsicht ergebe, der nicht durch die Gnadenordnungen unter Hinweis auf die in der Natur der Sache liegende Vertraulichkeit ausgeschlossen werden könne[606]. Grundlage seien die Menschenwürdegarantie und die Prinzipien des Rechtsstaats auch für weitere verfahrensrechtliche Vorgaben: Die zuständige Stelle habe Gnadengesuche entgegenzunehmen, zu prüfen und zu bescheiden. Die dafür erforderlichen Ermittlungen seien sorgfältig und möglichst umfassend vorzunehmen („Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung") und müssten nicht nur Sachverständigengutachten, sondern auch eine persönliche Anhörung sowohl des Verurteilten also auch des Tatopfers und seiner Angehörigen umfassen. Außerdem sei binnen angemessener Frist zu entscheiden[607].

Anders als teilweise behauptet[608] seien Gnadenentscheidungen außerdem keine materiellen Regierungsakte, so dass eine gerichtliche Kontrolle allein deshalb ausscheiden müsse. Denn Gnadenakte erfüllten nicht die Voraussetzungen, die an materielle Regierungsakte gestellt werden. Weder handele es sich um staatsleitende Tätigkeiten, noch werde aufgrund der vielfach genutzten Delegationsmöglichkeiten überhaupt in jedem Fall ein oberstes Staatsorgan tätig[609]. Abgesehen davon seien auch

603 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 414 f.; *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1331); *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960, S. 34; *Roellecke,* F.A.Z. vom 19. Mai 2007, Nr. 115, S. 36.

604 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 9; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 415–417.

605 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 418.

606 *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (43).

607 *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1333 f.).

608 *Husen,* DVBl. 1953, 70 (72); *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (127 f.); *Schneider,* Gerichtsfreie Hoheitsakte, 1951, S. 47.

609 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 322.

Regierungsakte von der Bindung an Grundrechte nicht ausgenommen[610], selbst wenn der Regierung insoweit ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt werde[611].

Schließlich ergebe auch der Vergleich mit dem Erlass von Amnestiegesetzen durch den Gesetzgeber, dass die Gewährung von Gnade im Einzelfall verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegen müsse. Denn die Unterschiede zwischen Gnade und Amnestie seien formeller Art, während es materiell bei beiden um die Aufhebung oder Milderung von Strafen gehe[612]. Es überzeuge deshalb – auch mit Blick auf die gemeinsamen historischen Wurzeln – nicht, wenn der Gesetzgeber bei dem Erlass von Amnestiegesetzen wegen seiner Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung nach Art. 20 Abs. 3 GG rechtlichen Schranken unterworfen sei[613], für den Gnadenträger dagegen trotz der ebenfalls von Art. 20 Abs. 3 GG verordneten Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht und der im Vergleich zur Amnestie deutlich schlechteren demokratischen Legitimation des Gnadenakts keine vergleichbaren Bindungen gelten[614]. Ein entsprechender Gedanke drängt sich auch für das Verhältnis zwischen der nach wie vor nicht näher kodifizierten allgemeinen oder „Großen" Gnade und der verrechtlichten, sog. „Kleinen" Gnade in Form von gesetzlichen Strafvergünstigungen auf: Bei diesen handele es sich nämlich nur um solche Teilbereiche aus der ursprünglich einheitlichen Gnadenpraxis, die aufgrund ihrer Regelhaftigkeit und der daraus folgenden generellen Handhabung gleichgelagerter Fälle gesetzlich kodifiziert wurden. Der Unterschied zwischen dieser Regelhaftigkeit auf der einen und dem Ausnahmecharakter der „Großen" Gnade dürfe aber keine unterschiedliche Bindung an höherrangiges Gesetzesrecht zur Folge haben[615].

610 Als Beispiel werden Warnungen und Empfehlungen von Bundesministerien angegeben.
611 *Dreier,* in *Dreier,* GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 63.
612 Anders aber das *Bundesverfassungsgericht* selbst (E 2, 213 [219]), das die Amnestie nicht mehr als „Ausfluss einer dem Recht vorhergehenden Gnade, sondern als Korrektur des Rechts selbst" durch den Gesetzgeber einordnet.
613 Vgl. *BVerfGE* 10, 234 (246 ff.).
614 Eingehend: *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 122–126.
615 *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 126–127.

d) Die Rechtsschutzgarantie

Die Gerichtskontrolle lasse sich nicht *a limine* ablehnen. Denn die Verletzung von Grundrechten durch eine abweisende Gnadenentscheidung sei nicht ausgeschlossen[616]. Sie könne ein Akt der Willkür sein. Die Ausklammerung der Gnadenentscheidung aus der Rechtsschutzgarantie von Art. 19 Abs. 4 GG stelle sich deshalb als systemwidrig dar[617]. Sie widerspreche dem Prinzip der Einheit der Verfassung[618], welches eine homogenisierende Auslegung von Art. 19 Abs. 4 und 60 Abs. 2 GG erfordere[619]. Generell sei Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt die Regel[620]. Es sei in diesem Zusammenhang auch „willkürlich, unlogisch und inkonsequent", den Widerruf von Gnadenentscheidungen als eine Handlung der öffentlichen Gewalt zu qualifizieren und der gerichtlichen Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG zu unterwerfen[621], den *„actus contrarius"*, also die Gnadenentscheidung selbst, aber nicht ebenso einzuordnen[622]. Das Gnadenrecht sei ein „sichtbarer Ausdruck der Staatsgewalt"[623]. Zum anderen sei das Gnadenrecht – anders als vom Bundesverfassungsgericht behauptet – auch keine „Gestaltungsmacht besonderer Art", aus der sich eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie ergebe; denn die Kontrollbefugnis der Judikative sei notwendiger und zulässiger Teil eines

616 *Stern/Sachs,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 74 II 6 b), S. 1375; *Petersen,* JuS 1974, 502 (504); *Brandt,* DVBl. 1974, 925 (926 f.); *Monz,* NJW 1966, 137 (141); *Bettermann,* AöR 96 (1971), 528 (539); *Bachof,* JZ 1983, 469 (471) mit Beispielen; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth,* GG, Art. 19, Rn. 43; *Schulze-Fielitz* in: *Dreier,* GG, Art. 19 IV, Rn. 55. *Meier* (Vertraulich, aber unspektakulär: die Gnadenpraxis in Deutschland in: *Feltes/Pfeiffer/Steinhilper,* Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1059 [1070]) konnte in seinem Forschungsprojekt „Handhabung und Wirkungen des Gnadenrechts" freilich keine Hinweise auf ein fehlerhaftes, missbräuchliches Handeln der Gnadenbehörden feststellen. Sachfremde Gesichtspunkte, die bei der Entscheidung berücksichtigt wurden, konnten nicht nachgewiesen werden.

617 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 320; *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 72; *Trautmann,* MDR 1971, 173 (175); *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (175).

618 Vgl. dazu *BVerfGE* 1, 14 (32); 19, 206 (220); 30, 1 (19); 55, 274 (300); 99, 1 (12).

619 *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, Art. 60, Rn. 48.

620 *Trautmann,* MDR 1971, 173 (175).

621 Vgl. zu dieser Differenzierung: *BVerfGE* 30, 108 (111).

622 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 407 u. 419; *Bettermann,* AöR 1973, 528 (538); *Klein,* Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 73 f.

623 *Wahl,* Gnadenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1954, S. 11.

Sicherungssystems[624]. Im Übrigen scheide die Anwendung von Art. 19 Abs. 4 GG nur aus, wenn das Grundgesetz, wie etwa in Art. 19 Abs. 4 S. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG, selbst die Anwendbarkeit der Rechtsschutzgarantie ausdrücklich ausschließe. Das sei durch den primär als Kompetenznorm ausgestalteten Art. 60 Abs. 2 GG nicht geschehen[625]. Schließlich könne der Rechtsweg angesichts Art. 19. Abs. 4 GG nicht verschlossen sein, wenn die Bedingungen des Gnadenerweises rechtlich normiert seien und der Vollzug einer Gnadenordnung unteren Dienststellen, unter Umständen mit Beschwerdemöglichkeit zur vorgesetzten Behörde anvertraut sei[626].

IV. Die eigene Position

Angesichts der Uneinigkeit und Widersprüchlichkeit[627] in Rechtsprechung und Schrifttum ist die Verfassungsrechtsfrage nach der Geltung der Rechtsschutzgarantie und der Eröffnung des Rechtswegs für die Verweigerung des Gnadenerweises – wie *Hömig*[628] ausführt – keineswegs für alle Zeiten beantwortet. Das Thema der gerichtlichen Kontrolle ist „noch nicht abgehakt"[629].

1. Die historische Perspektive

Bereits im frühen Christentum stand die göttliche Gnade im Vordergrund; die Befugnis zur Begnadigung wurde aus ihr abgeleitet[630]. Gnade, Gnadeverlust und Gnadengewinnung sind nach wie vor bestimmende Elemente des christlichen Glaubens und Denkens[631]. Auch die Idee einer

624 *Trautmann,* MDR 1971, 173 (175); ähnlich auch *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 320 und *Knemeyer,* DÖV 1970, 121 (123).
625 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 408.
626 *Menger,* DVBl. 1957, 681 (683).
627 *Stern/Sachs,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 74 II 6 b), S. 1373.
628 DVBl. 2007, 1328 (1332).
629 *Stern/Sachs,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 74 II 6 b), S. 1375.
630 *Pieper,* Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten in: *Waldhoff,* Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 89 (98).
631 *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 8.

durch göttliches Recht legitimierten Herrschaft hatte schon lange vor Beginn der Neuzeit Fuß gefasst. Bereits *Karl der Große* führte in seinem Titel die Demutsformel „von Gottes Gnaden“[632]. Erst mit der Neuzeit aber wurde auch die Begnadigungsgewalt in der Hand des Landesherrn konsolidiert und dadurch zu einem Hoheitsrecht der Krone[633]. Die Ausübung des Begnadigungsrechts durch den Herrscher sollte auf diese Weise einen Bezug zur göttlichen Gnade und Barmherzigkeit erhalten. Staatsoberhäupter sahen sich bei der Begnadigung als Vollstrecker eines göttlichen Auftrags[634]. Zwischen religiöser Herrschaftslegitimation und Gnadenrecht wurde eine unmittelbare Verbindung proklamiert[635]. Durch die Vergöttlichung des weltlichen Herrschers[636] wurde die Gnade metaphysisch und transzendent verklärt.

Zum einen: Die historische Analyse zeigt, dass die Ausübung der Gnadengewalt – bereits durch *Pontius Pilatus* und zuletzt durch *Wilhelm II.* – dem damit verbundenen Anspruch und Ideal der stellvertretenden Ausübung göttlicher Gnade nicht gerecht werden konnte. Mit Begnadigungen wurden ganz praktische, weltliche, machtpolitische, außenpolitische, eigennützige, mitunter populistische Ziele verfolgt. Das Geschenk göttlicher Gnade und Barmherzigkeit stand nicht im Mittelpunkt. Der menschliche Potentat ist außer Stande, wie Gott Gnade zu üben. Das gilt zweifellos auch für die Ausübung der Gnadenbefugnisse in den Diktaturen, welche ihre Herrschaftsgewalt ohnehin nicht mehr von einem göttlichen Auftrag ableiteten. Die Vorstellung, dass sich *göttliche* Gnade jenseits rechtlicher Bindungen durch „richtige Willkür“[637] oder sogar gerecht von Menschen ausüben lasse, muss jedenfalls für die Vergangenheit als gescheitert gelten. Selbst Päpste sind von der Verfolgung machtpolitischer Ziele und somit einer instrumentellen Verwendung der Gnade nicht frei[638].

Zum anderen: Tragende Säule in der Begründung herrschaftlicher Gnadenbefugnisse war der Gedanke, dass Fürsten, Könige und Kaiser als Herrscher von Gottes Gnaden und Inhaber der gesetzgebenden Gewalt

632 *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 8.

633 *Beyerle,* Von der Gnade im Deutschen Recht: Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs am 27. Januar 1910, 1910, S. 19.

634 *Monz,* NJW 1966, 137 (139).

635 *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 91 u. 95.

636 *Seitter,* Die Rechtsnatur des Gnadenakts, Diss., 1962, S. 36.

637 *Heiman,* Die Begnadigung, Diss., 1932, B I 2c), S. 41.

638 *Von Mayenburg,* Begnadigung aus rechtshistorischer Perspektive in: *Waldhoff* (Hrsg.), Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?, 2014, S. 33 (61 f.).

die Stellung eines Herrn über die Gesetze einnähmen[639]. Einzig diese Stellung ermöglichte es ihnen auch, von den Gesetzen Dispens zu erteilen und auf diese Weise ihre generelle Geltung zu durchbrechen[640] (Dispensionsgewalt). Das Recht zu begnadigen, stand dem Herrscher zu; er übte das Gnadenrecht nicht nur für den Staat aus (so aber jetzt Art. 60 Abs. 2 GG und zuvor schon Art. 49 S. 1 WRV). Gnade erging *für* Recht[641], d.h. *anstelle von* Recht. Das Recht zur Gnade war die Kehrseite des Rechts, über die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens zu entscheiden[642]. Im Nationalsozialismus wurde dieser Aspekt besonders hervorgehoben: Vom Willen des „Führers" hing nicht nur das Zustandekommen eines Gesetzes ab[643], ihm stand auch die „oberste Gerichtsherrlichkeit" zu[644]. Dass sowohl die gesetzgebende als auch die rechtsprechende Gewalt in seiner Hand lagen, war Grundlage des ihm zustehenden Gnadenrechts[645]. Die Begnadigung war ein „Akt der Führerhoheit"[646].

Schließlich: Nicht von der Hand zu weisen ist die Vermutung, dass sich das Begnadigungsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, welche die Gewalten teilt, den Gnadenträger dem Recht unterstellt, Rechtssicherheit und -gleichheit garantiert sowie gegen Akte der öffentlichen Gewalt den Rechtsweg eröffnet, grundlegend geändert haben muss[647]. Der Bundespräsident steht nicht in monarchischer Tradition und hat keine Dispensionsgewalt. Er verfügt nicht als unabhängiger Souverän[648], der bei der Ausübung des Gnadenrechts von jeder Kontrolle

639 Siehe auch *Morsbach,* Justizpalast, 2017, S. 344.

640 *Grewe,* Gnade und Recht, 1936, S. 124 f.; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60 Abs. 1, Rn. 3; vgl. auch *BVerfGE* 25, 352 (359): historische Einordnung der Gnade als Bestandteil und Ausfluss der Herrschergewalt.

641 Cabinets-Ordre vom 15. Oktober 1810, Sammlung Preußischer Gesetze und Verordnungen (Rabe), Zehnter Band, 1819, S. 436 f.

642 Vgl. *von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 7.

643 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1790).

644 *Huber,* Verfassung des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1937/1939, S. 281.

645 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1790); Huber, Verfassung des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1937/1939, S. 281.

646 *Grau,* Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege 1938, 1784 (1791).

647 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 7; *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60, Rn. 31; vgl. aber auch *Huber,* Verfassung des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1937/1939, S. 281, der aus dem Blickwinkel des Nationalsozialismus sogar der Auffassung ist, dass sich die Begnadigung der Einordnung in das liberale Gewaltenteilungsschema vollständig entziehe.

648 *Felix* (Anmerkung zu BFH, Urt. vom 06. Juli 1955 – II 63/54 U), BB 1955, 1047; *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (153).

frei war[649]. Das Gnadenrecht wird von der jeweiligen Verfassungslage bestimmt[650]. Die Gnade unter dem Grundgesetz erscheint in einem neuen Licht. Gnade kann nicht *vor* oder *für* Recht ergehen. Denn staatliches Handeln steht unter der Herrschaft des Rechts. Oder sollte das Grundgesetz den Bundespräsidenten mit der Befugnis zu willkürlichem oder gar menschenrechtswidrigem Handeln ausgestattet haben?[651].

Das Gnadenrecht ist nicht mehr ein Majestätsrecht[652], „eines der […] schönsten Vorrechte der Krone und deshalb […] unantastbar und uneinschränkbar"[653]. Die Gnade ist nicht länger „gesetzloses Wunder"[654] eines Regenten, der sie in der „Freiheit der reinen Gesetzlosigkeit"[655] ausübte – vielleicht anlässlich der 25-jährigen Wiederkehr des Tages, an welchem das Deutsche Reich neu begründet wurde[656], „in einer höchsten Fürstenlaune anlässlich irgendeiner frohen Stimmung"[657], „zur schöneren Dekoration von Fürstenjubiläen" oder „zu Zwecken der politischen Agitation oder als politisches Kampfmittel"[658]. Als Beispiele seien das „Gnadenfieber" am Anfang der fünfziger Jahre in der Bundesrepublik Deutschland und später die Begnadigung des sog. „Kundschafters des Friedens" *Heinz Felfe* genannt. Ferner sei an den tschechoslowakischen Topspion *Alfred Frenzel* und an den ehemaligen Kanzlerreferenten und DDR-Spion *Günter Guillaume* erinnert. Weitere derartige Vorgänge wurden oben[659] wiedergegeben. Mit dem Geschenk göttlicher Gnade und Barmherzigkeit hatten deren Begnadigungen überhaupt nichts zu tun.

Im republikanischen und säkularen Staat ist die Gnade selten ein „Akt der Barmherzigkeit und des Wohlwollens"[660]. Schon früher waren

649 *Hartung,* JW 1931, 2764 (2770).
650 *Förster,* JR 1950, 609 (610).
651 Siehe *Hess. StGH,* NJW 1974, 791.
652 So noch *Loening,* DJZ 1896, 429.
653 *Hartung,* JW 1931, 2764 (2765).
654 *Radbruch,* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, § 24, S. 165.
655 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (211); ebenso VGH Stuttgart, DÖV 1950, 377: „frei von rechtlichen Bindungen und Schranken"; ebenso *OLG Düsseldorf,* JZ 1959, 58 (59); *OLG Oldenburg,* MDR 1965, 221: „Weder die Verfassung noch eine sonstige Rechtsnorm setzt der Handhabung der Gnadengewalt inhaltliche Schranken."
656 Verordnung einer Amnestie wegen Übertretungen und leichter Vergehen betreffend, vom 18. Januar 1896, Gesetz- und Verordnungsblatt 1896, S. 18 und Verordnung, eine Amnestie für die sächsische Armee betreffend, vom 18. Januar 1896, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen 1896, S. 19.
657 *Schmidt-Leichner,* DJ 1943, 209 (210).
658 *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (56).
659 Siehe B.I.
660 *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960, S. 22 f., 42; a.A. *OVG Hamburg,* JZ 1961, 165; *OLG Oldenburg,* MDR 1965, 221; vgl. auch *BayVerfGH,* NJW 1966, 443.

gewisse Ansätze für die Justizförmigkeit des Gnadenverfahrens erkennbar, wie das Recht des Beschuldigten, vor einer ihm ungünstigen Entschließung gehört zu werden (Preußen), und das Beschwerderecht gegen ablehnende Gnadenentscheidungen nach der Gnadenordnung von 1935. Der Rückfall in monarchische Epochen zurückliegender Jahrhunderte sollte schwerfallen. Es ist davor zu warnen, die gesetzesfreie Machtausübung gewohnheitsrechtlich zu rechtfertigen[661]. Ist das „*jus puniendi* des Staates"[662] rechtsstaatlich gebunden, soll dann für die Entscheidung über den „*actus contrarius*"[663], den Verzicht auf den Strafanspruch, gar keine rechtsstaatliche Bindung gelten? Schrankenloses Staatshandeln – etwa wie im Führerstaat – ist dem modernen Rechtsstaat fremd. Wie die Vergangenheit zeigt, besteht die Gefahr, dass schrankenloses Walten der Gnade „zur Willkür werden"[664] kann. Diese zu verhindern ist Ziel des Grundgesetzes.

2. Die Rechtsprechung in der Gesamtschau

In der Gesamtschau lässt sich feststellen: Die Rechtsprechung insgesamt ist widersprüchlich[665]. Das wird dadurch deutlich, dass bei der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts[666] vier Richter dissentierten. Hinzu kommt, dass die Verfassungsrechtslage sich in Bayern und Hessen von derjenigen im Bund unterscheidet. In Bayern und Hessen ist bei ablehnenden Gnadenentscheidungen durch den Ministerpräsidenten oder durch die von diesem für zuständig erklärte Behörde der Rechtsweg eröffnet. Die Entscheidung ist also justitiabel. Gestützt auf die Landesverfassung kann der Petent die Verletzung des Willkürverbots geltend machen. Bei ablehnenden Gnadenentscheidungen durch den Bundespräsidenten oder durch die von diesem für zuständig erklärte Behörde ist gegenwärtig der Rechtsweg nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegeben. So ist es beispielsweise auch in der Freien und Hansestadt Hamburg und in Baden-Württemberg. Der Petent muss potentielle Verletzungen des Willkürverbots klaglos hinnehmen. Stattdessen kann

661 *Jesch,* Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 210.
662 *Schmidt,* Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, § 100 IV.2., S. 568.
663 *Schmidt,* Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, § 100 IV.2., S. 568.
664 *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (62).
665 *Menger/Erichsen,* VerwA 1970, 168 (169): „Wirrwarr".
666 *BVerfGE* 25, 352.

er aber gegebenenfalls Schadenersatz wegen Verletzung der Amtspflicht durch die Gnadenbehörde geltend machen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hält am historisch überkommenden Verständnis des Gnadenrechts fest, freilich ohne jenes klar zu konturieren[667]. Es liegt nicht fern anzunehmen, dass es heute noch durch staatsrechtliche Strömungen des 19. Jahrhunderts beeinflusst wird. *Wassermann*[668] sieht in der Lehre vom rechtsfreien Gnadenakt sogar den ideologischen Restbestand obrigkeitlichen Staatsdenkens. Die rechtsstaatlichen Ansätze im Gnadenwesen der Weimarer Republik werden nicht wahrgenommen. Das Bundesverfassungsgericht negiert die Neuordnung des Gnadenwesens durch dessen Einbettung in das Grundgesetz. Dieses bleibt damit ein *ius eminens.* Die Handhabung des Gnadenrechts im NS-Staat und in der DDR bewog das Bundesverfassungsgericht nicht dazu, das Gnadenwesen an das Grundgesetz zu binden. Darum geht es aber der Gegenposition, welche das Gnadenwesen wie anderes staatliches Handeln einordnet und dessen Missbrauch möglichst ausschließen will. Es muss zu denken geben, dass das Bundesverfassungsgericht mit der Ablehnung der gerichtlichen Überprüfung einer abweisenden Gnadenentscheidung den Rechtsweg in gleicher Weise sperrt, wie es in der DDR angeordnet war. Dort stand dem von einer abweisenden Gnadenentscheidung Betroffenen ausdrücklich nicht einmal ein formloses Beschwerderecht zu[669].

Auch darf bezweifelt werden, dass die Rechtsweggarantie des Grundgesetzes hinter derjenigen der Verfassungen des Freistaates Bayern und des Landes Hessen zurückbleibt. Jedenfalls ist die Divergenz ungut. Die als Ersatz für den gerichtlichen Rechtsschutz propagierte Möglichkeit einer Eingabe oder Petition[670] kann kein ausreichendes Surrogat für den

667 Zutreffend weist *Schenke* (BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 318) darauf hin, dass das Begnadigungsrecht „durchaus unterschiedliche Rechtsentwicklungen mitgemacht" hat.

668 Grundgesetz, 2. Aufl. 1989, Art. 19 Abs. 4, Rn. 33.

669 Gemeinschaftliche Rundverfügung des Generalstaatsanwalts und des Ministeriums der Justiz der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. November 1960, Az. (des Generalstaatsanwalts): VII – 333 – 3/60, RVV Nr. 11/60, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR): Az. 3430 – I – 2156/60, RVV Nr. 2/60, Punkt I.2.h); Gemeinsame Anweisung Nr. 1/63 vom 13. Mai 1963, Az. VII 203-4/63, Punkt 2.h.: „Gegen die Entscheidung der Gnadenkommission ist keine Beschwerde zulässig, […]"; Gemeinschaftliche Rundverfügung vom 07. Dezember 1954, Az. (des Ministeriums der Justiz der DDR) II 4046/54 RVV Nr. 13/54, einsehbar über das Bundesarchiv: „Es wird darauf hingewiesen, daß es gegen die Entscheidungen der Gnadenkommissionen keine Beschwerde des Bürgers gibt".

670 *BVerwG,* NJW 1962, 1410 (1411) = *BVerwGE* 14, 73.

richterlichen Rechtsschutz sein. Denn durch sie wird dem Verurteilten nur ein Recht auf Verbescheidung zugesprochen[671].

Auch das Argument des Bundesverfassungsgerichts[672] ist angreifbar, „für eine gerichtliche Nachprüfbarkeit der Ermessensfreiheit" fehle „es […] an greifbaren Maßstäben". Das Argument ist alt. *Mittermaier*[673] fragte schon 1832: „Wer kann urtheilen, ob Begnadigung v e r d i e n t sey?". Dem ist zu entgegnen: Schon damals gab es Missbräuche des Begnadigungsrechts und man setzte sich mit dem Problem auseinander, wie der „Mißbrauch des Begnadigungsrechts zu verhindern" sei. Eigentlich geht es nicht um die Frage, wer die Begnadigung verdient, sondern wem die Begnadigung zu Unrecht verweigert wird. In verschiedenen Gnadenordnungen – angefangen mit der Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen – hatte/hat der Petent die Möglichkeit der Beschwerde zur jeweils übergeordneten Stelle (§ 37)[674]. Wie kann/wie soll diese Stelle entscheiden, wenn es an „greifbaren Maßstäben" mangelt? Offenbar werden solche durch das Beschwerderecht vorausgesetzt. Sie ergeben sich aus dem Grundgesetz selbst, das vor allem mit dem in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Willkürverbot und dem sich aus dieser Vorschrift ebenfalls ergebenden Postulat der Selbstbindung der Verwaltung entsprechende Vorgaben aufstellt, welche teilweise durch die Gnadenordnungen der Länder konkretisiert werden[675]. Abgeleitet werden können Maßstäbe auch aus den gesetzlich geregelten Fällen der sog. „kleinen Gnade". Vor allem § 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der die Reststrafaussetzung nach hälftiger Verbüßung einer zeitigen Freiheitsstrafe regelt, lassen sich Vorgaben entnehmen[676], die auf den Bereich der „großen" Gnade

671 *Schenke* in: BK-GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 323; *Trautmann,* MDR 1971, 173 (176).

672 *BVerfGE* 25, 352 (363).

673 Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. XIII (1832), S. 150 (151).

674 Verordnung des Reichsministers der Justiz über das Verfahren in Gnadensachen, RGBl. I 1935, S. 203 ff. = DJ 1935, 203–212G; *Schulz,* ZStW 1939, 251 (276); zu den Möglichkeiten nach den Gnadenordnungen der Länder, Einwendungen oder Beschwerden zu erheben: *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 438 ff. mit einem Überblick über die verschiedenen Landesregelungen; vgl. für Brandenburg: § 27 GnOBbg.

675 Vgl. oben D. I. 2. b).

676 Erforderlich ist das Vorliegen besonderer Umstände, die sich aus der Gesamtwürdigung von Tat, Persönlichkeit der verurteilten Person und ihrer Entwicklung während des Strafvollzugs ergeben. Diese Gesamtwürdigung ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Strafe, einschließlich der Verteidigung der Rechtsordnung, durchzuführen. Zu den Umständen, welche im Rahmen der Gesamtwürdigung Berücksichtigung finden können, gehören unter anderem: eine besondere Strafempfindlichkeit (*OLG Bamberg,* BeckRS 1991, 31128292), die effiziente Mithilfe des Verurteilten bei der Aufklärung von Straftaten (*OLG Düsseldorf,* StV 1997, 94), und eine besonders günstige Sozial- und

übertragbar sind[677]. Dabei ist zwar zu beachten, dass die „große" Gnade im Unterschied zu § 57 Abs. 2 StGB[678] einen absoluten Ausnahmecharakter hat. Greifbare, justitiable Maßstäbe fehlen aber keineswegs mehr.

3. Zur Methodik

Die Ungebundenheit der Gnadenentscheidung an die Grundrechte und der Ausschluss der Justitiabilität der Gnadenentscheidung lassen sich mit dem „Wesen der Gnade"[679] nicht begründen. Der Gnade wohne „wesensmäßig" ein mit „der Willkür verwandtes Element inne"[680]. Das „Wesen der Gnadenentscheidung"[681] – so *Mörtel* – setze „ihre Nichtjustiziabilität voraus". Behauptet wird, zum Wesen der Gnade gehöre ihre Freiheit[682]. Worin dieses besteht, bleibt aber schleierhaft. Das Bundesverfassungsgericht erklärt die Gewährung von Straffreiheit durch Amnestie als von der (Einzel)Begnadigung „wesensmäßig verschieden"[683]. Das Gericht vergleicht also sogar das Wesen des einen mit dem Wesen des anderen: „verschieden".

Seit *Scheuerles* Beitrag über das Wesen des Wesens[684] weiß man, dass das Wesensargument ein Kryptoargument ist, welches durch vorgeschobene Argumente die wirklichen Argumente verdecken soll. Vor *Scheuerle* wies schon *Jahrreis*[685] darauf hin, dass durch das „Wesen" das „Risiko des Beweises […] vermieden werden soll". Das Wesen der Gnade ist nicht

Kriminalprognose, die aus einer außergewöhnlich günstigen Persönlichkeitsentwicklung des Täters resultiert (*OLG Stuttgart,* MDR 1993, 157).

677 Vgl. auch oben D. III. 2. c) a. E.

678 Die besonderen Umstände müssen bei § 57 Abs. 2 StGB ein überdurchschnittliches Gewicht aufweisen; der Sachverhalt muss sich im Vergleich zu anderen Sachverhalten abheben. Auf seltene Ausnahmefälle ist die Vorschrift aber nicht begrenzt (*Groß* in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2016, § 57, Rn. 26; *Stree/Kinzig* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 57, Rn. 23b). In der Praxis liegt die Entlassungsquote nach § 57 Abs. 2 StGB bei unter 2 Prozent (*Groß* in: MüKoStGB, § 57, Rn. 6).

679 *VGH Stuttgart,* DÖV 1950, 377; *OVG Münster,* Amtl. Samml. Bd. 7, 146; *OVG Rheinland-Pfalz,* ZBR 1954, 279 (281); *OVG Hamburg,* DVBl. 1961, 136; *OLG Hamburg,* JZ 1969, 739.

680 *Wussow,* DÖD 1989, 105 (110 u. 111); zuvor schon *Mattern,* JZ 1953, 400 (404).

681 *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (127); ebenso *Schultz,* MDR 1957, 77 (78).

682 *Dombois,* Gnadenrecht in: *Karrenberg* (Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, Sp. 532, 533.

683 *BVerfGE* 2, 213 (219); dazu *Mattern,* JZ 1954, 432 (435).

684 AcP 163 (1963), 429 (430).

685 Das „Wesen" des Rechtsprechens als Argument des Bundesverfassungsgerichts in: *Nipperdey u. a.* (Hrsg.), Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 2. Aufl. 1965, S. 62 (63).

mehr als eine Floskel, die Argwohn auslöst[686]. Die Frage nach der Justitiabilität von Gnadenentscheidungen lässt sich aus dem „Wesen" der Gnade nicht beantworten[687].

Aus methodischer Sicht ist auch vor einer Erstarrung des Gnadenrechts zu warnen. Sie droht, wenn die systematische Auslegung vernachlässigt wird. Zutreffend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass das Gnadenrecht zwar historisch vorgeformt sei, sich aber unter der Geltung des Grundgesetzes in dessen systematischen Zusammenhang einordnen müsse[688]. Als Bestandteil der Verfassung ist die Begnadigung nicht verfassungsfrei[689]. Es ist kein ungewöhnlicher Vorgang, dass das Grundgesetz auf eine Vorschrift verweist, die schon in der Verfassung des Deutschen Reichs von 1919 („Weimarer Reichsverfassung") verankert war. Als Beispiel sei an Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV erinnert. Es ist anerkannt, dass das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen im Grundgesetz eine andere Bedeutung als in der Weimarer Reichsverfassung[690] bekommen hat. Nicht anders verhält es sich mit dem von Art. 60 Abs. 2 GG wie von Art. 49 WRV vorausgesetzten Gnadenbefugnissen des Staatsoberhaupts[691].

4. Art. 60 Abs. 2 GG als Regelung der Organzuständigkeit

Erheblich ist, worauf schon *Rupp*[692] aufmerksam gemacht hat, ob Art. 60 Abs. 2 GG und die entsprechenden Bestimmungen in den Länderverfassungen „nur eine rechtliche Organzuständigkeit des höchsten Staatsorgans zu einer dem ‚Staat' als solchem zustehenden Gewalt" festlegt oder „eine rechtliche Ermächtigung des Staats, Gnade zu üben", enthält. Nur wenn das letzte zutrifft, lässt sich aus Art. 60 Abs. 2 GG der Ausschluss

686 Ähnlich *Bernhardt* (ZRP 1970, 52), für den die Berufung auf „System und Gesamtgefüge" den Eindruck erweckt, dass es an besseren Argumenten fehle.

687 *Bachof,* JZ 1983, 469 (471).

688 *Fink* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 60 Abs. 2, 3, Rn. 31.

689 *Stern/Sachs,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 74 II 6 (S. 1372).

690 In diesem Sinne sprach *Köttgen,* DVBl. 1952, 485 (486) mit Recht von einer „Auswechselung des verfassungsrechtlichen Hintergrundes"; *Smend* (Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 [1951], S. 4) hatte zuvor schon betont, „wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe"; siehe auch *v. Campenhausen* in: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 140, Rn. 10; *Belling,* ZevKR, 48 (2003), S. 407 (423 f.); *ders.,* AfkKR 173 (2004), S. 497 (501 f.).

691 *Trautmann,* MDR 1971, 173.

692 Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, 1965, S. 182, Fn. 254.

der Anfechtbarkeit des ablehnenden Gnadenbescheids begründen. Eine Zuständigkeitsnorm ist dagegen nicht geeignet, die Bindung an das Grundgesetz zu beseitigen. Die Ausstattung eines Staatsorgans mit einer bestimmten Befugnis ist ein „rechtlicher Vorgang, dem die Verfassung selbst die ihr immanenten Grenzen setzt[693]". Insofern ist der Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg[694] widersprüchlich. Es erkannte nämlich einerseits, dass sich der Ausschluss der Anfechtbarkeit aus dem Grundgesetz selbst ergebe, andererseits aber, dass Art. 60 Abs. 2 GG eine Kompetenzregelung zu Gunsten des Bundespräsidenten sei.

Die historische Auslegung, der sich das Bundesverfassungsgericht[695] im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 GG bedient, spricht dafür, dass die Norm nur die Zuständigkeit regelt[696]. Nach § 81 Abs. 1 S. 1 Paulskirchenverfassung[697] sollte der Kaiser für Gnadenakte in Strafsachen zuständig sein, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören. Die Bismarck-Verfassung enthielt keine entsprechende Zuweisung des Begnadigungsrechts mehr. Diese ergab sich aus dem einfachen Recht: Nach § 484 StPO 1877[698] war der Kaiser für die Begnadigung zuständig, wenn das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hatte. § 484 StPO 1877 grenzte die Zuständigkeit des Reichs von derjenigen der Einzelstaaten ab[699]. Dass der Kaiser durch die Strafprozessordnung zum Gnadenerweis ermächtigt wurde, ist abwegig. Ihm stand die Rechtsmacht zu begnadigen aufgrund seiner staatsrechtlichen Stellung als Monarch ebenso zu wie den Landesherren. Historisch ist das Begnadigungsrecht in der „souveränen Willkür des Monarchen fundiert"[700]; es ist eine von jeher anerkannte Befugnis des Souveräns[701]. Diese Befugnis, von Strafen zu befreien, wurde von § 484 StPO 1877 vorausgesetzt. Art. 49 WRV und Art. Art. 60 Abs. 1 S. 1 GG orientieren sich an dieser Regelung. Auch sie sind reine Zuständigkeitsregeln. Quelle des Begnadigungsrechts ist in der Republik die Souveränität des Volks. Deutlich kommt das dadurch zum Ausdruck, dass

693 *Hess. StGH,* NJW 1974, 791.
694 JR 1997, 255 (256).
695 *BVerfGE* 25, 352 (358).
696 Ebenso *Bettermann,* AöR 96 (1971), 528 (538); *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1329); *Petersen,* JuS 1974, 502 (504); *Hess. StGH,* NJW 1974, 791; a. A. *Müller,* DVBl. 1963, 18 (19 f.): Kompetenznorm mit materiellem Gehalt.
697 § 81 Abs. 1 S. 1 lautete: In Strafsachen, welche zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehören, hat der Kaiser das Recht der Begnadigung und Strafmilderung.
698 § 484: In Sachen, in denen das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hat, steht das Begnadigungsrecht dem Kaiser zu. § 452 StPO entspricht dieser Vorschrift heute.
699 *RGSt* 33, 204 (207, Oberreichsanwalt).
700 *Heun* in: *Dreier,* GG, Art. 60, Rn. 23.
701 *RGSt* 33, 204 (211).

der Bundespräsident das Begnadigungsrecht für den Bund nur auszuüben hat. Er nimmt ein dem Volk zustehendes Recht wahr.

Wenn also Art. 60 Abs. 2 GG nur die Organzuständigkeit festlegt, lässt sich der Norm nicht entnehmen, dass dadurch die gerichtliche Nachprüfbarkeit ablehnender Gnadenakte ausgeschlossen und Missbräuche bei der Handhabung des Gnadenrechts nur der politischen Verantwortlichkeit der Verfassungsorgane überantwortet wurde[702].

5. Die Möglichkeit der Rechtsverletzung

Wenn Gnade nicht von Gott ausgeht, sondern Menschen darüber entscheiden, können die Rechte des zu Begnadigenden durch Irrtum oder Missbrauch verletzt werden. In einem solchen Fall währt die Strafe für den Petenten im Widerspruch zum Recht fort. Dass über Gnade willkürlich und pflichtwidrig entschieden werden kann, zeigt die Geschichte anschaulich. Bedenken im Hinblick auf die Verletzung des Gleichheitssatzes durch die Bevorzugung einflussreicher Personen bei der Begnadigung wurden in der Literatur schon 1914 geäußert[703]. Auch das Reichsgericht[704] hielt es durchaus für möglich, dass die mit der Gnadenentscheidung befassten Amtsträger „nicht ihr pflichtgemäßes Ermessen im Hinblick auf das allgemeine Wohl, sondern ihren persönlichen Vorteil maßgebend sein" lassen. Selbst das Bundesverfassungsgericht schließt Missbräuche bei der Handhabung des Gnadenrechts nicht aus[705]. Die Fehlbarkeit derjenigen, welche das Gnadenrecht wahrnehmen, lässt sich schwerlich leugnen. Auch bei einer Gnadenentscheidung kann es zu Rechtsverletzungen kommen[706]. Irrationale Begnadigungsmotive, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts illegitim sind, wie etwa parteipolitisches Wohlwollen[707], können die Gnadenentscheidung beeinflussen. Es lässt sich auch nicht ausschließen, dass durch die Gnadenentscheidung die Diskriminierungsmerkmale von Art. 3 Abs. 3 GG missachtet werden. Der Staatsgerichtshof des Landes Hessen[708] hält es beispielsweise für möglich, dass die Entscheidung über die

[702] So aber *BVerfGE* 25, 352 (363).
[703] *Riß,* DRiZ 1914, 804 (810).
[704] *RGSt* 58, 263 (266).
[705] *BVerfGE* 25, 352 (363).
[706] *Monz,* NJW 1966, 137 (141).
[707] *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (125 f.).
[708] *Hess. StGH,* NJW 1974, 791 (792).

Begnadigung von dem Motiv beeinflusst wird, „der Gnadenpetent gehöre einer bestimmten Rasse an oder er sei einer bestimmten religiösen oder politischen Überzeugung". Das Gnadenrecht kann auf diese Weise missbraucht werden. Ist also eine Rechtsverletzung möglich, kann der Rechtsweg nicht ausgeschlossen sein.

Soweit in der Gnade ein verfassungsrechtlich gewollter Fremdkörper im Recht gesehen wird, durch den religiöse Barmherzigkeit als gesetzloses Wunder in das als unvollkommen empfundene Rechtssystem hineinwirken und dieses ergänzen soll[709], besteht nicht nur ein Widerspruch zur Begründung des Bundesverfassungsgerichts, welches – trotz grundsätzlicher Verneinung der Justitiabilität – wenigstens irrationale Elemente nicht mehr im Bereich der Gnadenbefugnisse verortet sehen wollte[710]. Nicht erkannt wird vor allem, dass die Unvollkommenheit des Rechts, welche durch die Gnade korrigiert werden soll, auf der Unvollkommenheit des Menschen beruht, der das Recht geschafften hat. Sie kann nicht dadurch überwunden werden, dass dem in seiner Unvollkommenheit anderen in nichts nachstehenden Gnadenträgern eine nicht überprüfbare Entscheidung anheimgestellt wird. Überwunden werden könnte die Unvollkommenheit des Rechts lediglich durch die Übertragung der Gnadenbefugnisse auf ein unfehlbares Wesen, auf Gott. Dann bedürfte es auch keiner gerichtlichen Kontrolle mehr. Diese Möglichkeit ist uns nicht gegeben. Die stellvertretende Ausübung göttlicher Gnade durch den Menschen kann dagegen allein schon aufgrund menschlicher Fehlbarkeit nicht gelingen. Darauf zu hoffen, dass durch Wunder oder göttliche Fügung von den Gnadenträgern alles zum Besten entschieden werde, ist geschichtsblind und berücksichtigt die zum Teil völlig zweckentfremdete, häufig machtpolitischen Interessen dienende Ausübung von Gnade durch die Herrscher der Vergangenheit nicht. Eine gerichtliche Kontrolle von Gnadenentscheidungen ist alles, was bleibt, um den nie auszuschließenden (Ermessens-)fehler des einzelnen Gnadenträgers so gut es eben geht auszugleichen. Eine „Missbrauchskontrolle […] allein durch die politische Verantwortlichkeit der Verfassungsorgane"[711] ist unzureichend ebenso wie ihre Bindung an den Amtseid (Art. 56 GG)[712].

[709] In Anknüpfung an *Radbruch,* Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, § 24, S. 165; *Reimer* in: BK-GG, Art. 60, Rn. 67 f.; zur Unvollkommenheit des Rechtssystems: *Seuffert,* Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts in: *Ritterspach/Geiger,* Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 491 (501 f.).

[710] *Kauther,* VRS 1978, 193 (194.)

[711] *OLG Hamburg,* JR 1997, 255 (265); *BVerfGE* 25, 352 (363).

[712] *OLG Oldenburg,* MDR 1965, 221.

Auch wenn die Berücksichtigung sachfremder, nicht auf die persönliche Situation des Verurteilten bezogener Erwägungen in einem Rechtsstaat eher die Ausnahme darstellen wird[713], vollkommen ausgeschlossen ist sie nicht[714]. Solange aber Verletzungen des Willkürverbots und grundlegender Verfahrensanforderungen „nicht schlechthin unmöglich sind", solange muss es auch eine Kontrollinstanz geben[715].

Dass es kein Recht auf (weltliche[716]) Gnade gibt, steht dem keineswegs entgegen[717]. Ausschlaggebend ist nicht, worauf schon *Obermeier*[718] hingewiesen hat, ob dem Betroffenen ein Rechtsanspruch auf die begehrte Maßnahme zusteht. Denn es besteht ein formelles subjektives öffentliches Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und ein pflichtgemäßes Verhalten der beteiligten Hoheitsträger[719]. Sicher hat der Petent „mindestens das *„formelle"* Recht auf willkürfreie Entgegennahme, Prüfung und Verbescheidung seines Antrags"[720]. Die „sachangemessene Entscheidungssituation"[721] zu gewährleisten ist Aufgabe der Kontrollinstanz. Daher ist dem Bundesverfassungsgericht zu widersprechen, wenn es in seinem Urteil vom 22./23. März 1977 – 1 BvL 14/76[722] – erkannte, die Begnadigung ergehe in einem internen Verfahren, das keine justizförmigen Garantien kenne. Der Hessische Staatsgerichtshof[723] sprach dagegen dem Verurteilten zutreffend ein „Recht auf eine rechtsstaatskonforme, d.h. nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung" zu.

713 Vgl. *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (166–168); spezifisch zur Ausübung des Begnadigungsrechts durch den Bundespräsidenten und das damit verbundene Verfahren, das in einer Begegnung zwischen Gnadesuchendem und Bundespräsidenten gipfeln könne – *Butzer* in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, Art. 60, Rn. 44.

714 Denkbar ist z.B. parteipolitisches Wohlwollen oder umgekehrt eine entsprechende Missgunst – *Mörtel,* BayVBl. 1968, 124 (125).

715 Vgl. *BayVerfGH,* NJW 1966, 443; in diese Richtung trotz fehlender Anhaltspunkte für ein willkürliches Handeln der Gnadeninstanzen auch: *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (175).

716 *Margies,* Gnade, 1990, S. 27 zur Gnade in der Familie Gottes.

717 *Sachs* in: *Sachs,* GG, Art. 19, Rn. 119; *Streng,* Anm. HansOLG Hamburg, JR 1997, 257 (258); *Hömig,* DVBl. 2007, 1328 (1330); *Funk,* Gnade und Gesetz, 2017, S. 107 f., Fn. 3; a.A. aber: *BVerfGE* 25, 352 (363); *Schultz,* MDR 1957, 77 (78).

718 Anmerkung zu Hamb. OVG, DÖV 1959, 267.

719 *BGHZ* 57, 34 (46).

720 *Dürig,* Anmerkung zu OVG Hamburg, JZ 1961, 166.

721 *Streng,* Anm. HansOLG Hamburg, JR 1997, 257 (259).

722 *BVerfGE* 45, 187.

723 *Hess. StGH,* NJW 1974, 791 (793).

Ebenso bestätigte der Bundesgerichtshof[724], dass ein Anspruch „auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und ein pflichtgemäßes Verhalten der beteiligten Hoheitsträger" besteht. Dem Petenten steht ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu[725]. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Begnadigungsverfahren in der DDR.

6. Der Widerspruch zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz beim Rechtsweg

Ein Widerspruch ergibt sich aus der Verweigerung von Primärrechtsschutz und der Gewährung von Sekundärrechtsschutz. Das Bundesverfassungsgericht und die ihm folgenden Gerichte sperren den Rechtsschutz, wenn die Aufhebung der ablehnenden Gnadenentscheidung und die Verpflichtung zu einer rechtmäßigen Entscheidung begehrt werden. Der Bundesgerichtshof[726] lässt es dagegen zu, dass der Gnadenpetent Amtshaftungsansprüche mit der Behauptung geltend macht, „die Gnadenbehörde habe ihm gegenüber Amtspflichten verletzt". Denn dieser habe Anspruch „auf ein ordnungsgemäßes Verfahren und ein pflichtgemäßes Verhalten der beteiligten Hoheitsträger". Zu den Amtspflichten der Gnadenbehörde zählen beispielsweise: die Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung, Anhörungspflichten sowie die Pflicht zur ermessensfehlerfreien Entscheidung binnen angemessener Frist.

Im Hinblick auf die Freiheit von Ermessensfehlern liegt eine Amtspflichtverletzung nicht erst vor, wenn sich die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung „jedem sachlichen Beobachter aufdrängt und wenn sie sich von einer ordnungsmäßigen Ausübung des Begnadigungsrechts soweit entfernt, daß sie mit ihr schlechterdings unvereinbar ist"[727]. Nach neuerer Rechtsprechung genügen alle Fälle fehlerhafter Ermessensausübung, wie sie auch vor den Verwaltungsgerichten gerügt werden können; die Kontrolldichte unterscheidet sich insoweit nicht[728].

Der Petent kann für die durch die Amtspflichtverletzung erlittenen Nachteile Schadenersatz begehren. Er ist so zu stellen, als wäre ein

724 *BGHZ* 57, 33 (46); dazu auch *Streng,* Anm. HansOLG Hamburg, JR 1997, 257 (259).
725 *Von Arnauld* in: *von Münch/Kunig,* GG, Art. 60, Rn. 9; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 415–417.
726 *BGHZ* 57, 33 (46).
727 So noch *BGHZ* 57, 33, Rn. 92 (in der amtlichen Sammlung ist die Passage nur verkürzt wiedergegeben, Zitat nach juris).
728 So jetzt *BGHZ* 74, 144 (155 f.); *Papier/Shirvani,* in MüKoBGB, § 839, Rn. 198.

rechtsstaatliches Verfahren durchgeführt worden und die beteiligten Hoheitsträger hätten sich pflichtgemäß verhalten. Freilich kommt nur Schadenersatz in Geld und keine Naturalrestitution in Betracht; denn die Verurteilung zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung fällt in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte[729].

Für die Kausalität des Ermessensfehlers wird nicht notwendig eine Ermessensreduzierung auf Null vorausgesetzt; es genügt, wenn sich aufgrund der konkreten Umstände annehmen lässt, dass der Amtswalter bei pflichtgemäßer Handhabung des Ermessens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anders entschieden hätte[730]. Verfahrensfehler sind hingegen lediglich insoweit kausal, wie sie sich auf die Entscheidungsfindung ausgewirkt haben, nicht aber, wenn der Beamte bei pflichtgemäßem Verhalten dieselbe Entscheidung getroffen hätte[731].

Da der Rechtsweg für die Amtshaftungsklage eröffnet ist, sie also nicht unzulässig ist, kann das Gericht im Rahmen ihrer Begründetheit prüfen, ob die Entscheidung der Gnadenbehörde auf einer Amtspflichtverletzung beruht. Wegen des weiten Ermessenspielraums der Gnadenbehörde wird der Petent häufig aber nicht mehr erreichen. Doch schon diese Prüfung verwehrt das Bundesverfassungsgericht beim Primärrechtsschutz. Im Übrigen: Erkennt das mit der Amtshaftungsklage befasste Gericht, dass die Ablehnung des Gnadenantrags nur unter Verstoß gegen das Willkürverbot möglich ist, ergibt also die Prüfung, dass eine ablehnende Gnadenentscheidung in jedem Fall willkürlich ist, wird es zum Ersatz des Schadens verurteilen. Das Gleiche dürfte gelten, wenn aufgrund einer abstrakt generellen Regel begnadigt wird – wie bei der sog. Weihnachtsamnestie[732] –, der Verurteilte aber grundlos „übergangen" wurde, es also keinen auf seine Person bezogenen Umstand gab, ihn von der vorzeitigen Entlassung oder vom Hafturlaub anlässlich des Weihnachtsfests auszuschließen. Der Verurteilte kann auch in folgender Konstellation so zu stellen sein, als sei er aufgrund einer rechtmäßigen Entscheidung früher entlassen worden: Die Gnadenbehörde lässt sein Gnadengesuch liegen und ihn „schmoren", sei es, um ihn nachträglich zu einem Geständnis zu bewegen, sei es, um ihn „Mores zu lehren", bevor die Begnadigung erfolgt. Die Gnadenentscheidung wird also schuldhaft verzögert.

729 Vgl. *BGHZ* 34, 99 (105 f.); *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 26, Rn. 47 auch zur Begrenzung der Schadenersatzpflicht durch die Eigenhaftung des Beamten.

730 *BGH,* NJW 1959, 1316; *BGHZ* 146, 122 (128 ff.); *Maurer/Waldhoff,* Allgemeines Verwaltungsrecht, § 26, Rn. 26; *Papier/Shirvani,* in MüKoBGB, § 839, Rn. 278.

731 Sog. rechtmäßiges Alternativverhalten: *BGHZ* 143, 362 (365 f.).

732 Dazu oben B.IV.5.

Der Schadenersatz müsste sich an der allgemeinen Haftentschädigung orientieren. Des Weiteren könnte der Schaden in Vermögensverlusten (entgangener Verdienst) durch die andauernde Haft bestehen. Bei einer diskriminierenden, gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßenden Entscheidung der Gnadenbehörde ist, soweit durch die damit einhergehende Herabwürdigung das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzt ist, der daraus folgende immaterielle Schaden zu ersetzen[733]. Voraussetzung ist eine schwerwiegende Beeinträchtigung, die nicht auf andere Weise ausgeglichen werden kann[734].

Der Unterschied zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz lässt sich schwerlich rechtfertigen. Warum soll der Rechtsweg für den Primärrechtsschutz verschlossen sein (so Bundesverfassungsgericht), wenn er für den Sekundärrechtsschutz eröffnet ist (so Bundesgerichtshof)? *P.M. Huber*[735] meint, krasser lasse sich die Art. 19 Abs. 4 GG zugrundeliegende Idee kaum verfehlen.

7. Ein Unterschied zur „justitiellen kleinen Gnade"?

Das Gesetz regelt Begnadigungen in §§ 26, 57a StGB, Art. 313 EGStGB, § 456 StPO, § 477 AO (a.F.) und in anderen Vorschriften; dazu gehören auch Straffreiheitsgesetze („Begnadigung im weiteren Sinn"). Entscheidungen, welche auf der Grundlage solcher Bestimmungen ergehen, sind gerichtlich nachprüfbar. Daher stellt sich die Frage: Ist der Rechtsweg davon abhängig, ob die Gnadenentscheidung durch eine gesetzliche Bestimmung oder „nur" durch eine allgemeine ministerielle Anweisung gebunden ist? Zu bedenken ist, dass Gnadenordnungen zwar nur Verwaltungsvorschriften sind, ihnen aber infolge ihrer ständigen Anwendung in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz eine quasigesetzliche Wirkung zukommt[736]. Eine Begnadigung, die in einer Gnadenordnung geregelt ist, „kann nicht anders beurteilt werden, als eine

733 *Wöstmann* in: *Staudinger,* BGB, 2013, § 839, Rn. 239; *BGHZ* 78, 274 (280); vgl. auch *BVerfG,* NJW 2006, 595.

734 *OLG Koblenz,* BeckRS 2009, 15614: Ob eine Entschädigung im Einzelfall zu gewähren ist, hängt vor allem von der Dauer, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, den Auswirkungen auf den Verletzten sowie von Anlass und Beweggrund des Handelnden und den weiter relevanten Zumessungsfaktoren für den Ersatzanspruch ab.

735 In: *von Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 430.

736 *Maurer,* Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschl. v. 05. März 1969 – V As 9/69 – JZ 1969, 739 (740); *Brandt,* DVBl. 1974, 925 (926); *Hess. StGH,* NJW 1974, 791 (792).

gesetzlich geregelte ‚Begnadigung'"[737]. Denn soll es für die gerichtliche Überprüfbarkeit auf die „gesetzgeberische Aktivität"[738] also darauf ankommen, ob der Gesetzgeber den Fall geregelt hat?

8. Der Kontrollmaßstab – die Kontrolldichte

Die dissentierenden Richter im Beschluss vom 23. April 1969[739] – 2 BvR 552/63 – haben den Kontrollmaßstab treffend beschrieben: Die zur Ausübung des Gnadenrechts berufenen Amtsträger entscheiden „grundsätzlich nach freiem Ermessen"[740]. Ein Gnadenerweis kann „aus jedem von der Wertordnung des Grundgesetzes nicht mißbilligten Grunde abgelehnt werden"[741]. Rechte des Petenten werden aber verletzt, wenn das Begnadigungsrecht durch willkürliche Handhabung missbraucht wird[742]. Sein „durch Art. 1 und 3 GG begründetes Recht auf eine rechtsstaatkonforme, d.h. nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung" ist betroffen. Die für die Gnadenentscheidung zuständige Stelle ist – so der Bayerische Verfassungsgerichtshof[743] – „vor allem an die unübersteigbaren Schranken gebunden, die durch die elementaren Grundrechte […] der öffentlichen Gewalt gezogen sind". Insoweit unterliegt die ablehnende Gnadenentscheidung der gerichtlichen Kontrolle. Das Gericht kann auch prüfen, ob folgende rechtlichen Anforderungen erfüllt wurden: Im Gnadenverfahren gelten allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze[744]. Dazu zählt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs[745], wie es schon in § 1 Abs. 5 der Verordnung vom 3. Dezember 1918[746] vor-

737 *Maurer,* Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschl. v. 05. März 1969 – V As 9/69 – JZ 1969, 739 (740).

738 Maurer, Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschl. v. 05. März 1969 – V As 9/69 – JZ 1969, 739 (740).

739 *BVerfGE* 25, 352 (365); ausdrücklich zustimmend *Bachof,* JZ 1983, 469 (472); *Petersen,* JuS 1974, 502 (506).

740 *BayVerfGH,* NJW 1966, 443: „sehr weiter Ermessensspielraum", „aber nicht unbegrenzt".

741 Ebenso *BayVerfGH,* BayVBl. 1979, 114.

742 Auch *Hess. StGH,* NJW 1974, 791 (793).

743 NJW 1966, 443.

744 *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein, 1975, S. 31 (43).

745 Anders *BayVerfGH,* BayVBl. 1979, 114 (115).

746 RGBl. 1918, Nr. 171, S. 1393–1395; ebenfalls abgedruckt in Justizministerialblatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, 80. Jahrgang 1918, Nr. 45, 443–445. § 1 Abs. 5 S. 2: „Der Beschuldigte ist vor einer ihm ungünstigen Entschließung zu hören."

gesehen war. Der Petent hat einen „Anspruch darauf, dass sein Gesuch von den Gnadenbehörden entgegengenommen sowie nach den in der Gnadenordnung vorgesehenen Vorschriften behandelt und verbeschieden wird“[747]. Die Gnadenbehörde darf ihr Ermessen nicht sachfremd anwenden[748] und die Begnadigung etwa aus rein politischen Erwägungen heraus ablehnen.

Übertragen auf den Anwendungsbereich des Grundgesetzes wäre deshalb die Entscheidung der Sowjetunion angreifbar, den im Gefängnis der Alliierten in Berlin-Spandau einsitzenden Kriegsverbrecher *Rudolf Heß* nicht zu begnadigen. Sie beruhte vordergründig auf der Erwägung, dass ansonsten das Alliiertengefängnis geschlossen werden müsste und mit ihm eine der letzten West-Berliner Viermächte-Bastionen vorzeitig wegfiele[749].

9. Der Rechtsweg

Ablehnende Gnadenentscheidungen, welche die Rechte des Petenten verletzen, unterliegen der gerichtlichen Nachprüfung. Betrifft die Gnadenentscheidung eine Maßnahme der Strafjustiz, ist der ordentliche Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet. Das gilt nach Auffassung der vier dissentierenden Richter in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. April 1969 unabhängig davon, ob die Gnadenentscheidung als Justizverwaltungsakt oder als Hoheitsakt eigener Art zu qualifizieren ist. Die §§ 23 ff. EGGVG sind entweder unmittelbar oder im durch Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG subsidiär eröffneten ordentlichen Rechtsweg als das sachnächste Verfahren anwendbar[750]. Überwiegend werden Gnadenentscheidungen im Bereich der Strafrechtspflege aufgrund einer funktionellen Betrachtungsweise als Justizverwaltungsakte angesehen. Denn es kommt darauf an, auf welchem Gebiet die jeweils zuständige Behörde gehandelt hat; ihre organisatorische Zuständigkeit spielt insoweit keine Rolle[751]. Im

747 *Dürig,* Anmerkung zu OVG Hamburg Urt. vom 23. September 1960 – Bf. I 203/59 –, JZ 1961, 166; *Baltes,* DVBl. 1972, 562 (563); *BayVerfGH,* BayVBl. 1979, 114 (115).

748 A.A. *OLG Düsseldorf,* JZ 1959, 58 (59); *OVG Hamburg,* JZ 1961, 165; *OLG Oldenburg,* MDR 1965, 221.

749 *Heß,* „Er war eine künstliche Größe“ in: Der Spiegel 35/1987, S. 84 (91).

750 *BVerfGE* 25, 352 (366); *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 422.

751 *BVerwGE* 49, 224, Rn. 21; *Baltes,* DVBl. 562, 564; *Mayer* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 23 EGGVG, Rn. 78; vgl. zu Maßnahmen der Polizei zur Verfolgung von strafbaren Handlungen auch: *BVerwGE* 47, 255, Rn. 20; a.A. *Trautmann,* MDR 1971, 173 (176 f.).

Übrigen ist für die gerichtliche Nachprüfung des Widerrufs von Gnadenentscheidungen anerkannt, dass der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet ist[752]. Das Gleiche gilt für Beschlüsse aufgrund des Strafrechtlichen Rehabilitierungsgesetzes (§ 13 Abs. 1 StrRehaG[753]). Die Rechtsnatur des Widerrufs als *actus contrarius* zur Gnadenentscheidung spricht deshalb ebenfalls dafür, dass die ordentlichen Gerichte bei Gnadenentscheidungen zu Maßnahmen der Strafjustiz zuständig sind[754]. Sachlich zur Entscheidung berufen ist insoweit der Strafsenat des Oberlandesgerichts[755]. Bei Justizverwaltungsakten ist in Anlehnung an § 42 Abs. 1 VwGO grundsätzlich ein Anfechtungs- und ein Verpflichtungsantrag möglich[756]. Da neben der Aufhebung der ablehnenden Gnadenentscheidung auch eine Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts begehrt wird, ist die Verpflichtungsklage in ihrer besonderen Form der Bescheidungsklage die richtige Klageart. Ein gesonderter Antrag auf Aufhebung der Ablehnungsentscheidung muss nicht gestellt werden[757].

Lediglich wenn die Gnadenentscheidung eine Belastung im öffentlichen Recht, wie beamtenrechtliche Disziplinarmaßnahmen, zum Gegenstand hat, sind der funktionellen Betrachtungsweise nach die Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zuständig[758].

752 *OLG Saarbrücken,* MDR 1979, 338; *OLG Celle,* NJW 1989, 114 (115); *OLG Stuttgart,* NStZ 1988, 430; *Rinio,* NStZ 2006, 438.

753 Gesetz über die Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet (Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz – StrRehaG); § 13 Abs. 1: Gegen den Beschluss kann innerhalb eines Monats nach seiner Zustellung Beschwerde eingelegt werden. Vgl. https://www.gesetze-im-internet.de/strrehag/__13.html; zuletzt besucht am 20. Februar 2018.

754 Vgl. *Mayer* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 23 EGGVG, Rn. 78.

755 *BVerwGE* 49, 224, Rn. 21; *Mayer* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 23 EGGVG, Rn. 78.

756 *Mayer* in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 23 EGGVG, Rn. 47.

757 *Schmidt-Kötters* in: *Posser/Wolff* (Hrsg.), BeckOK-VwGO, 43. Edition, 2017, § 42 VwGO, Rn. 57 (60 f.).

758 *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 423.

10. Die rechtspolitischen Folgerungen

Seit dem Ende des Deutschen Kaiserreichs haben Gnadenordnungen in Deutschland Tradition. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass es rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspräche, wenn der Gnadenträger von einer unbeschränkten Gnadenbefugnis willkürlich Gebrauch machen könnte. Bei der Ausübung der Gnadenbefugnis muss nach stetigen, gleichmäßigen und einheitlichen Grundsätzen entschieden werden.

Die Regelung des Gnadenwesens ist daher durch Gesetz oder durch öffentlich bekanntzugebende Verwaltungsanordnung oder Ministerialverfügung zu ordnen. Es spricht viel dafür, das Gnadenwesen nach dem Vorbild des Saarländischen Gnadengesetzes[759] gesetzlich zu regeln[760].

Jedenfalls gelten für das Gnadenverfahren die Verfahrensgarantien des Rechtsstaats. In der Gnadenordnung oder im Gnadengesetz sollte die Aufgabe des Begnadigungsrechts definiert werden. Klargestellt werden sollte, dass die Entscheidung im freien, aber nicht unbegrenzten Ermessen des Gnadenträgers steht und gerichtlich nachprüfbar ist.

Folgende Pflichten des Gnadenträgers und Rechte des Gnadesuchenden sollten verbindlich gelten:

- Das Recht des Gnadesuchenden auf willkürfreie Entgegennahme, Prüfung und Verbescheidung seines Antrags,
- die Pflicht des Gnadenträgers zur bestmöglichen Sachaufklärung,
- die Pflicht zur Entscheidung des Gnadenträgers binnen angemessener Frist,
- die Anhörungspflichten des Gnadenträgers,
- das Recht auf Akteneinsicht des Gnadesuchenden,[761]
- die Pflicht des Gnadenträgers, rechtliches Gehör vor der ablehnenden Entscheidung zu gewähren,[762]

759 Saarländisches Gnadengesetz (Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1330) vom 16. März 1994, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 21. Januar 2015 (Amtsbl. I 2015, S. 18).

760 So schon *Bendix,* Die Neuordnung des Strafverfahrens, Gegenvorschläge zu den drei Regierungsvorlagen von 1920, 1921, S. 370.

761 So in Berlin: § 14 BerlGnO, und im Saarland: § 11 Abs. 2 GnGSl; für die Einführung eines Akteneinsichtsrechts auch: *Müller-Dietz,* Gnade in der Strafrechtspflege in: *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, Band 9 der Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2010, S. 149 (172).

762 *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat in: *Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 31 (43); wie nach § 1 Abs. 5 S. 2: „Der Beschuldigte ist vor einer ihm ungünstigen Entschließung zu hören.", RGBl. 1918, Nr. 171, S. 1393 (1394).

- die Pflicht des Gnadenträgers zur Begründung bei ablehnender Entscheidung,[763]
- der Rechtsbehelf des Gnadesuchenden bei ablehnender Entscheidung,
- die Regelung des Rechtswegs bei ablehnender Entscheidung.

E. Der Schluss

Göttliche Gnade ergeht *vor* Recht – wie es auch im Volksmund heißt. Staatliche Gnade aber hat *im* Recht zu ergehen, um nicht durch Missbräuche anstößig oder gar verwerflich zu sein.

Als Bestandteil der Verfassung ist die Begnadigung nicht verfassungsfrei. Das Grundgesetz hat den Bundespräsidenten nicht mit der Befugnis zu willkürlichem oder gar menschenrechtswidrigem Handeln ausgestattet. Justizfreie Gnadenakte sind mit der rechtsstaatlichen gewaltenteilenden Verfassung Deutschlands unvereinbar. Die Gnadenentscheidung ist ein Akt der öffentlichen Gewalt. Bindungen und Beschränkungen des Gnadenrechts durch den Gesetzgeber sind zulässig, wenn sie die sich aus der Verfassung ergebenden Bindungen und Beschränkungen dieses Rechts konkretisieren.

Es gibt kein Recht auf Gnade, und die Begnadigung kann aus jedem von der Wertordnung der Verfassung nicht missbilligten Grund abgelehnt werden. Der Petent hat aber ein Recht auf eine rechtsstaatskonforme, d.h. nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung. Es besteht ein formelles subjektives öffentliches Recht auf ein rechtsstaatliches Verfahren und auf ein pflichtgemäßes Verhalten der beteiligten Hoheitsträger.

Wird dieses Recht verletzt, ist der Rechtsweg für den abgewiesenen Petenten gegeben. Betrifft die Gnadenentscheidung eine Maßnahme der Strafjustiz, ist der ordentliche Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet.

Dass Gnadenakte Hoheitsakte seien, die keiner gerichtlichen Nachprüfung unterlägen, lässt sich nicht aufrechterhalten. Stünde das Begnadigungsrecht im rechtsfreien Raum, wäre es anachronistisch und verlöre seine Legitimation. Sein Missbrauch, wie er kennzeichnend für die Monarchien und Diktaturen der Vergangenheit war, wäre schwerlich zu

[763] In Nordrhein-Westfahlen nach § 18 Abs. 2 S. 2 GnONW, Rheinland-Pfalz bei ablehnenden Entscheidungen: Nr. 17.4 Abs. 2 GnORP; *Birkhoff/Lemke,* Gnadenrecht, 2012, Rn. 418.

verhindern. Beispiele aus den U.S.A., Brasilien und Peru[764] zeigen eindringlich, dass auch Demokratien nicht vor einem Missbrauch von Gnadenbefugnissen gefeit sind. Den Feinden der Gnade, der Macht und der Gewalt, gilt es, durch die gerichtliche Nachprüfbarkeit Einhalt zu gebieten. Es muss verhindert werden, dass schrankenloses Walten der Gnade zur Willkür werden kann[765].

Ob deshalb auch positive Gnadenentscheidungen (Gnadenerweise) der gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollten oder ob es einen Anspruch – etwa des Opfers – auf Widerruf eines rechtswidrigen Gnadenerweises geben sollte, bleibt offen. Die erwähnten Begnadigungen durch den Präsidenten von Brasilien *Michel Temer* und durch den Präsidenten von Peru *Pablo Kuczynski*[766] legen es nahe, dass auch insoweit der Rechtsweg eröffnet und die Judikative die letzte Kontrollinstanz ist.

764 Oben B. I.

765 *Mezger,* Recht und Gnade in: *Walz* (Hrsg.), Gerechte Ordnung: Gedanken zu einer Rechts- und Staatslehre in evangelischer Sicht, 1948, S. 45 (62).

766 Oben B. I.

Der Band enthält die Vorträge, welche anlässlich der Verabschiedung von Detlev W. Belling in den Ruhestand gehalten wurden:
Der Beitrag des Ministers der Justiz von Ungarn, László Trócsányi, befasst sich mit dem Thema Demokratie, Identität und Rechtsstaat – die europäische Integration und die Mitgliedstaaten. Entwickelt wird eine Vision der Europäischen Union, die statt auf fortschreitender Zentralisierung stärker auf einer gleichberechtigten Kooperation der Mitgliedstaaten basiert. Die nationalen Verfassungsidentitäten sollen als unentbehrliche Bestandteile der nationalen Souveränität nicht der europäischen Integration geopfert werden. Vor allem der Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts wird in diesem Zusammenhang kritisch hinterfragt. „Integrationswut" gelte es zu verhindern. Die Rechtsstaatlichkeit einzelner Mitgliedstaaten dürfe durch die Union nicht infrage gestellt werden.
In seiner Abschlussvorlesung geht Detlev W. Belling der Frage nach, ob und inwieweit die Ausübung der Gnadenbefugnisse durch die Gnadenträger in einem säkularen und republikanischen Rechtsstaat der gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollte. Detailliert werden in diesem Zusammenhang nicht nur die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das breit gefächerte Meinungsspektrum der Literatur abgebildet. Anhand einer Vielzahl von Beispielen aus der ferneren und unmittelbaren Geschichte wird die Entwicklung des Gnadenrechts nachgezeichnet. Missbrauchsgefahren, wie sie nicht nur kennzeichnend für Diktaturen und Monarchien sind, werden aufgezeigt. Die Erkenntnisse aus der historischen Darstellung aufgreifend, wird anhand einer umfassenden Analyse der geltenden Rechtslage nachgewiesen, aus welchen Gründen die Konstitutionalisierung des Begnadigungsrechts geboten ist.

ISSN 2199-9686
ISBN 978-3-86956-428-9
Online
9 783869 564289