

nen Glaubhaftigkeitsprüfungsansatzes, und vermittelt - zum Teil in Aufnahme der einleitenden Ausführungen (Rn. 31 ff.) - das notwendige Basiswissen. Nur ganz kurz kommt *Jansen* darauf zu sprechen, daß diese Analyse nicht dazu führen darf, daß einer Falsifizierung der Aussage anhand sog. Außenkriterien (Rn. 546) keinerlei Aufmerksamkeit (§ 244 Abs. 2 und 3 StPO) mehr zugewandt wird. Wer kennt nicht die prozessuale Situation, in der ein sog. Opferzeugen schonendes Tatgericht sich darauf beschränkt, nur tiefbetroffen von ihm die Aussage und von dem Sachverständigen ihre Zertifizierung als glaubhaft entgegenzunehmen, ohne zu prüfen, welche Objektivierungsmöglichkeiten bestehen?

Der Begutachtungsakt (Rn. 547 ff.) und seine dokumentierte Umsetzung (Rn. 552 ff.) runden thematisch diesen Abschnitt ab. Untersuchungshaftrechtlichen Folgerungen aus der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung (dringender Tatverdacht bei Aussage gegen Aussage?) und wiederlaufnahmerechtlichen Problemen (methodenkritische Gutachten als neue Beweismittel?) wendet sich *Jansen* leider nicht zu. Ohnehin kommen verfahrenstaktische Hinweise, etwa zur Einholung eigener Gutachten, etwas kurz, wie sich schlaglichtartig auch daraus ergibt, daß das Stichwortverzeichnis (S. 283) den Begriff „Beweisantrag“ schlicht nicht nennt

Alles in allem: Der Verteidiger wird sich hinsichtlich der aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet der Aussagepsychologie, insbesondere zur Frage der methodischen Absicherung der kriterienorientierten Aussageanalyse, anhand der Primärquellen ebenso auf dem Laufenden halten müssen wie hinsichtlich der Tendenzen der einschlägigen revisionsgerichtlichen Rechtsprechung. Um dies kompetent tun, also überhaupt die richtigen Fragen stellen zu können, wird er auch ohne weiteres auf das benutzerfreundlich gestaltete Buch von *Jansen* zurückgreifen können.

Rechtsanwalt **Klaus-Ulrich Ventzke**, Hamburg

Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003, 295 Seiten, 78 Euro, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-10920-1

Karl Binding beklagte in seinem Lehrbuch im Zusammenhang mit dem Rechtsbeugungstatbestand eine „geradezu unerhörte Liederlichkeit“ der Amtsführung mancher Richter. Demgegenüber kam *Josef Esser* in seinem Werk „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ zu dem Befund, dass „die elementaren Weisheiten des Richters und seine Kunst“ sich „glücklicherweise der Druckerschwärze der Gesetzblätter“ entzögen. Überraschend ist nicht die Gegensätzlichkeit dieser Verdikte, sondern der Umstand, dass *Esser* diesen Satz in der Nachkriegszeit schrieb, nachdem sich so mancher Richter wegen ebenjener Druckerschwärze an

seinen Händen mit dem Vorwurf der Rechtsbeugung konfrontiert sah. Aber: Machen sich Richter strafbar, wenn sie menschenverachtende Gesetze vollstrecken, die ihnen ein Unrechtsregime in die Gesetzblätter diktiert hat? Soll man von ihnen verlangen, dass sie sich auf überpositives Recht berufen, um sich dem Normbefehl unrechten Rechts zu verweigern? *Quasten*, der in seiner Kölner Dissertation die Rechtsprechung des BGH in den Strafverfahren gegen Richter der beiden totalitären Regime analysiert, verneint dies.

Bevor sich der Verfasser aber mit dieser Frage auseinandersetzt, stellt er die höchstrichterliche Konstruktion dar, welche es dem BGH ermöglichte, „Lippenbekenntnisse“ (S. 114) zugunsten des Naturrechts abzulegen, ohne dass dies in der Überzahl der Fälle zur Strafbarkeit der angeklagten Richter führte: Indem der BGH für den Rechtsbeugungstatbestand direkten Vorsatz forderte, war der Grundstein für die „Schaffung eines Standesprivilegs“ gelegt (S. 36), welcher sich auf der Auffassung des BGH gründete, der Rechtsbeugungstatbestandes diene der Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit. Dies wird vom Verfasser zu Recht kritisiert, wählt der BGH doch (ergebnisorientiert) eine Prämisse, welche die wesentliche Funktion des Rechtsbeugungstatbestands ausklammert: Er begrenzt vor allem die richterliche Macht durch strafrechtliche Verantwortungszuweisung. Nicht zu teilen vermag man freilich die Kritik des Verfassers an der vom BGH postulierten „Sperrwirkung“ der Rechtsbeugung auch gegenüber Vorsatztaten – diese ist systematisch zwingend und führt allein wegen der (unberechtigten) Verengung der Rechtsbeugung zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen. Unterstützung verdient der Verfasser wiederum in seiner Ablehnung der Rechtsprechung des BGH zu den „Scheinverfahren“: Der BGH folgerte in derartigen Fällen zwar aus der Feststellung übermäßig vieler formeller und materieller Rechtsfehler, dass es sich nicht mehr um Rechtsanwendung, sondern um „Willkür“ gehandelt habe (S. 70), erachtete die Urteile aber nicht als nichtig und konnte somit die Sperrwirkung auch derartiger Willkürurteile gegenüber dem Vorwurf des Totschlags aufrecht erhalten. Komplettiert wird das „Standesprivileg“ durch die Rechtsprechung, nach welcher sich ein durch die NS-Ideologie verblendeter Richter auf einen vorsatzausschließenden Irrtum berufen könne, was *Quasten* mit dem überzeugenden Einwand kontert, dass der Richter, welcher sich sehenden Auges sogar über positives Recht hinwegsetze, allein über die Erlaubtheit solcher „Rechtsfortbildung“ irre.

Einen Großteil der Arbeit nimmt die rechtsphilosophische Kernfrage ein, ob die Rechtsbeugung lediglich die Verfehlung des positiven Rechts oder auch die „Sünde wider dem rechtlichen Geist“ sanktioniere, wie *Spendel* im Leipziger Kommentar meint. *Quasten* verdeutlicht zunächst, wie sich Richter und Rechtsprechung in der Weimarer Republik auf überpositive Grundsätze beriefen, um sich von der „subjektiven Meinung des Gesetzgebers“ lösen und ihre „antirepublikanischen“ Vorstellungen durchsetzen zu können (S. 79). Sodann widerlegt er die These Radbruchs, der Positivismus habe die Richterschaft gegenüber dem NS-Staat wehrlos gemacht: Es

sei vielmehr der Austausch von Gesetzesauslegung durch die „Einlegung der NS-Weltanschauung“ in die Gesetze gewesen, welcher das NS-Regime stabilisiert habe (S. 85 f.). Gegen eine Öffnung des Rechtsbeugungstatbestandes für überpositives Naturrecht spricht nach Ansicht *Quastens*, dass sich Richter mit gleichem Recht auf die Gültigkeit von „NS-Naturrecht“ berufen könnten, wie ihnen die Nachkriegsjustiz menschengerechtes Richten abverlangt habe (S. 89). Spätestens an dieser Stelle wäre dem Anliegen des Verfassers gedient gewesen, wenn er einen Überblick über das Verständnis der verwendeten Termini „Naturrecht“ und „NS-Naturrecht“ gegeben hätte. Vor allem hätte er darlegen müssen, wann und weshalb auch bloße NS-Ideologie unter der Kategorie „Naturrecht“ normative Verbindlichkeit hätte erlangen können. Dies hätte zu der Frage führen müssen, ob Naturrecht nur das sein kann, was sich „bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet habe“, oder ob sich das Naturrecht ebenso relativ zur jeweiligen Gesellschaftsverfasstheit verhält wie das positive Recht. Der BGH hat sich zur erstgenannten Formulierung bekannt, anhand welcher er die NS-Gesetze und ihre Anwendung prüfte. Der Verfasser, der die Säuberung der Gesetze von den im Sinne Radbruchs unrechten Gesetzen zusätzlich als Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und das Rückwirkungsverbot brandmarkt, will der nationalsozialistischen Weltanschauung aber dann keinen Geltungsanspruch für die Bestimmung des „richtigen Rechts“ zubilligen, wenn sie zwar mit Macht durchgesetzt wurde, nicht aber Ausdruck in formellen Gesetzen fand: Die Begründung, auch der NS-Staat habe seine „Daseinsberechtigung“ durch Gesetze „manifestiert“ (S. 120), verschließt freilich die Augen vor der Tatsache, dass sich das NS-Regime in entscheidenden Momenten – man denke an den „Röhm-Putsch“ – nicht lange mit Gesetzen aufhielt, seine Existenz also mittels Gewalt und Zwang stabilisierte. Gesetze stellten dabei nicht mehr dar als schlichte Legalitätssignaturen der Macht.

Seine formalistische Spielart des Positivismus begründet der Verfasser näher im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Richterunrechts in der DDR. Zuvor nutzt er einen langen Abschnitt über das anzuwendende Recht für die Darlegung, die Rechtsbeugung schütze individuelle Rechtsgüter. Er begründet dies mit dem unzutreffenden Vorwurf, die herrschende Auffassung unterscheide nicht zwischen Handlungsobjekt (dies ist – anders als der Verfasser insinuiert [S. 172]. – die Norm im konkreten

Rechtsstreit) und Rechtsgut (also das Vertrauen der Allgemeinheit in eine funktionierende Rechtsordnung). Sodann bekräftigt er seine Auffassung, jede andere (menschenrechtsorientierte) Auslegung des DDR-Rechts verstoße gegen das Rückwirkungsverbot. Bemerkenswert ist aber, dass ausgerechnet der positivistisch denkende Verfasser die Alternative, ein rückwirkendes Gesetz einzuführen, durch eine naturrechtliche Wendung ablehnt: Der Positivismus – jedenfalls in der von *Quasten* vertretenen Variante – sei dem „Gerechtigkeitsprinzip verpflichtet“ (S. 201), so dass das Rückwirkungswirkungsverbot und das Gesetzlichkeitsgebot „unabdingbar“ seien (S. 207). Hier aber muss man dem Verfasser vorhalten, dass er nicht begründet, weshalb sich die Verpflichtung auf den Gerechtigkeitsgedanken in der Gewährleistung des nulla-poena-Grundsatzes erschöpfen soll und andere Gerechtigkeitsprinzipien ausgeklammert werden. In seinem letzten Teil verdeutlicht *Quasten* durch eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zu den DDR-Fällen, dass der BGH sein offenes Gelöbnis, die Fehler der Nachkriegszeit nicht wiederholen zu wollen, nur bei der Einordnung ideologischer Verblendung als Verbotsirrtum einlöst, zugleich aber mittels der Restriktion des Rechtsbeugungstatbestandes auf Fälle eines „elementaren Rechtsbruch im Sinne schwerer Menschenrechtsverstöße“ selbst in eklatanten Fällen eine Rechtsbeugung verneinen konnte. Das Urteil des Verfassers lautet auch hier: „unangemessene Privilegierung der Richterschaft“ (S. 252).

Die oft inkonsistente, teils ergebnisorientierte, teils gar an der politischen Couleur (S. 150) ausgerichtete Rechtsprechung offengelegt zu haben, ist ein Verdienst *Quastens*. Seine ideologiekritische, formal-positivistische Position führt freilich zu einem Ergebnis, welches er nur an einer verdeckten Stelle anspricht: Das Strafrecht ist kein Mittel zur Wiedergutmachung der Folgen von Systemunrecht (S. 234). Diese Auffassung kann sich auf gute rechtstheoretische Gründe stützen und ist rechtspolitisch durchaus modern. Doch bleibt die Frage, ob man eine Wendegesellschaft erfolgreich stabilisieren kann, ohne dem berechtigten Solidaritätsverlangen der Opfer, das sich zumeist in der Forderung nach strafrechtlicher Schuldzuweisung artikuliert, Genüge getan zu haben.

Wiss. Ass. Dr. **Michael Kubiciel**, Regensburg
