

Die Begnadigung – außerrechtliche Wertentscheidung oder als Rechtsakt „gerecht und billig“?

Von Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M. (Nottingham), Regensburg*

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der staatliche Begnadigungsakt als Rechtsakt begründbar ist. Es zeigt sich, dass eine Begründung innerhalb des Rechts nur dort möglich ist, wo die Einzelfallgerechtigkeit im Verhältnis zur Allgemeinheit des Gesetzes ausnahmsweise eine Abweichung erfordert. Um dies zu begründen, wird auf den schon bei Aristoteles in diesem Zusammenhang erwogenen Gedanken der Billigkeit im Recht Bezug genommen.

I. Einleitung

Thema dieses Beitrags ist die Begründung der Begnadigung als Rechtsinstitut. Damit wird schon zu Beginn der Überlegungen insinuiert, dass es einer rechtlichen Begründung bedarf und dass sie nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Das ist insofern mit besonderer Deutlichkeit hervorzuheben, als es im Hinblick auf die Gnade überhaupt nicht selbstverständlich ist, für ihre Begründung den Maßstab des Rechts anzulegen.

Zwar handelt es sich bei den Begriffen „Strafe“ und „Begnadigung“ – jedenfalls auch – um solche staatlichen Rechts.¹ Immerhin geht es bei der staatlichen Strafe um „vom Staat zugefügte Einbußen am Grundrechtsstatus einer Person wegen eines begangenen Verbrechens“² und bei der Begnadigung um eine „staatliche Befugnis zum Straferlass im Einzelfall“³.

Während diese Begriffsbestimmung darauf hindeutet, dass der strafrechtliche Gnadenakt wie auch die Verhängung von Strafe selbst als Rechtsakt zu bestimmen sind, zeigt sich aber bei der Lektüre rechtsphilosophischer Texte auch noch

aus der Mitte des 20. Jahrhunderts,⁴ dass dieses Verständnis keinesfalls selbstverständlich war und ist.

„Die Gnade scheint sich gegen die Mittel der Rechtswissenschaft zu sperren und die Verführung in sich zu tragen, aus dem Credo zu argumentieren.“ heißtt es beispielsweise in einem Aufsatz aus dem Jahre 1975 mit dem Titel „Gnade vor Recht“,⁵ der sich mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zur Justitiabilität von Gnadenentscheidungen befasst.

Radbruch hat 1932 formuliert, Gnade bedeutet

„nicht bloß eine mildere Form des Rechts, sondern den leuchtenden Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht und die kühle Dämmerung der Rechtswelt erst recht sichtbar macht. Wie das Wunder die Gesetze der physischen Welt durchbricht, so ist sie das gesetzlose Wunder innerhalb der juristischen Gesetzeswelt. In der Gnade ragen rechtsfremde Wertgebiete mitten in die Rechtswelt hinein, religiöse Barmherzigkeitswerte, ethische Duldsamkeitswerte.“ Die Gnade sei „ein Symbol, dass es in der Welt Werte gibt, die aus tieferen Quellen gespeist werden und zu höheren Höhen aufgipfeln, als das Recht.“⁶

Dem zu Grunde liegt eine Vorstellung des Rechts und der Rechtsphilosophie, die sich aus der sog. Wertphilosophie entwickelt hat.⁷ Die Wertphilosophie zeichnet sich dadurch

⁴ Zum 19. Jahrhundert vgl. den Überblick bei Grawe (Fn. 3), S. 17 ff.

⁵ Schätzler, NJW 1975, 1249 (1249–1250).

⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932, § 24 (Ausgabe: hrsg. von E. Wolf, 6. Aufl. 1963, S. 278–279; auch abgedruckt in der Studienausgabe, hrsg. von Dreier/Paulson, 2. Aufl. 2003, S. 165). Auch weitere Stimmen meinen, der Gnadenakt liege auf einer „anderen Ebene als das Recht“ (Jellinek, SRZ 1950, 17 [18] – mit einer Abgrenzung zu Ermessensentscheidungen), er stehe „außerhalb des Vollzuges der Rechtsordnung“ (BVerwG, Urt. v. 27.2.1957 – I C 165/55 = BVerwGE 4, 298 [300] = VerwRsp 1957, 766 [768] – obiter dictum). Grawe meint: „Die Gnade aber ist etwas vom Recht Wesensverschiedenes, aus einer anderen, höheren Sphäre Herkommendes.“ (Grawe [Fn. 3], S. 19).

⁷ Vgl. grundsätzlich zum Einfluss der Wertphilosophie auf das Strafrecht Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 29 ff., 70 ff., m.w.N. und einer Darstellung der Entwicklung der Wertphilosophie als Gegenströmung zum Positivismus. Diese gedankliche Abkehr vom Positivismus, der allein das positive Recht, seine Struktur, seine konkrete Gestalt und Systematik als Gegenstand der Erkenntnis begreift, nimmt für sich in Anspruch, die Frage nach dem guten, richtigen Recht wieder in den Blick zu nehmen. Vgl. auch die Darstellung bei Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 9. Aufl. 1991, S. 67 ff. (zur Darstellung S. 68 ff., zur Kritik, S. 81 ff.);

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Regensburg.

¹ Das soll selbstverständlich nicht leugnen, dass es auch andere Dimensionen des Themas gibt: Etwa die Frage nach einem biblischen Begriff der Strafe bzw. der Gnade, die in ihrem Ursprung gewiss mit der rechtlichen Frage zusammenhängt. Zur „Ambiguität von Recht und Gnade im biblischen Gottesbild“ siehe Berges, in: Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?, 2014, S. 11 ff.; zur Gnade als „historisches Phänomen“ vgl. v. Mayenburg, in: Waldhoff (a.a.O.), S. 33 ff.

² Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 37.

³ So BVerfG NJW 1969, 1895 (1895): „Das Begnadigungsrecht [...] besteht in der Befugnis, im Einzelfall eine rechtskräftig erkannte Strafe ganz oder teilweise zu erlassen, sie umzuwandeln oder ihre Vollstreckung auszusetzen.“ Vgl. dazu schon Grawe, Gnade und Recht, 1936, S. 11 („Straferlass, der durch eine spezifische „Gnaden“-Gesinnung motiviert ist“), und Engisch, in: Freudenfeld (Hrsg.), Schuld und Sühne, 1960, S. 107 (108).

aus, dass sie neben der objektiven, realen Welt noch eine „Welt der Werte“ kennt, wobei die „Wertewelt“ eine der Wirklichkeit des Rechts vorgeordnete, von ihr geschiedene sei. Das Recht sei die Wirklichkeit, die den Sinn habe, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.⁸ Und die entscheidende Rechtsidee sei die der Gerechtigkeit. Das Gerechte, wiederum, sei wie das Gute, das Wahre, das Schöne ein absoluter, d.h. ein aus keinem anderen ableitbarer Wert.⁹

Vor diesem Hintergrund lässt sich verstehen, was *Radbruch* meint, wenn er schreibt, es handle sich bei der Gnade um einen „Strahl, der in den Bereich des Rechts aus einer völlig rechtsfremden Welt einbricht“ und so „rechtsfremde Wertgebiete mitten in die Rechtswelt“ hereintrage. Nur wenn man das Recht als eine für sich abgeschlossene Welt begreift, die unabhängig von einem Reich der Werte, die auch ethischer, religiöser oder politischer Natur sein können, besteht, lässt sich die „Außerrechtlichkeit“ des Gnadenakts verstehen.

So lässt sich auch erklären, warum in diesem gedanklichen Kontext geschrieben werden kann, dass der Gnadenakt nicht an der Gerechtigkeit, sondern an außer- oder überrechtlichen Werten orientiert sei.¹⁰

Allerdings lässt schon ein erster Blick auf den Begriff des strafrechtlichen Gnadenaktes erahnen, dass er so ganz außerhalb des Rechts nicht stehen kann: Immerhin handelt es sich um die Ermächtigung einer zuständigen Stelle zur vollständigen oder teilweisen Aufhebung der strafrechtlichen Folgen eines rechtskräftigen Strafurteils im Einzelfall.¹¹ Die Begnadigung wirkt demnach einsteils in die Sphäre des Rechts hinein, indem sie eine rechtskräftige Verurteilung durch die Strafgerichtsbarkeit im Einzelfall aufhebt. Anderenteils wird im Akt der Begnadigung eine Befugnis ausgeübt, die einer bestimmten Stelle im Staat, dem Oberhaupt, durch die Rechtsgemeinschaft eingeräumt wurde. So ist sowohl die Wirkung des Aktes Rechtswirkung als auch das ihn ausübende (nämlich das Staatsoberhaupt) sowie das von ihm betroffene Subjekt (der Straftäter) Rechtssubjekt.

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob auch der Grund des Gnadenakts im Bereich des Rechts oder nicht vielleicht in einem davon verschiedenen „Reich der Werte“ zu suchen ist. Vielerorts – und gerade im Kontext mit der Strömung der Wertphilosophie – wird nämlich die Nicht rechtlichkeit der Gnade gerade damit begründet, dass sie Kategorien wie Huld, Liebe oder Barmherzigkeit, sei es reli-

⁸ *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1976, S. 76 ff., und *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2011, S. 51–57. Genauer zu *Radbruchs* Wurzeln in der Wertphilosophie *Wiegand*, Unrichtiges Recht, 2004, insbesondere S. 115 ff. Zur Wertethik insgesamt vgl. *Bohlken*, in: Düwell/Hüenthal/Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 2002, Stichwort „Wertethik“ (S. 108–121) mit weiterführenden Literaturhinweisen.

⁹ Vgl. *Radbruch* (Fn. 6), § 4.

¹⁰ *Radbruch* (Fn. 6), § 4.

¹¹ So *Blaser*, Rechtsakt und Gnadenakt im modernen Rechtsstaat, 1962, S. 12–13 (mit Verweis auf *Radbruch* und *Coing*).

¹¹ *Preuschen*, Der Rechtsschutz in Gnadensachen des § 452 StPO, 1968, S. 27.

giösen oder ethischen Ursprungs, entstamme.¹² Durch die Gnade werde dem Recht der Zugang zu rechtsfremden Kategorien geöffnet,¹³ *Greve* spricht von der „Erhabenheit der Gnade über alle Rechtsgründe“¹⁴.

Diese Position bereitet allerdings eine bestimmte gedankliche Schwierigkeit: Die – vermeintlich ihrem Grund nach nichtrechtliche – Aktion (der Akt der Begnadigung) trifft keineswegs bloß von außen auf die Sphäre des Rechts. Dadurch, dass sie Änderungen in der Rechtsposition einzelner Subjekte bewirkt, gesetzliche Allgemeinheit im Einzelfall aufhebt und insgesamt eine feste, genau definierte Stelle innerhalb des staatlichen Gefüges hat, ist sie – auch nach dem o.g. Verständnis von ihr als ins Recht einbrechendem „leuchtende[m] Strahl“ – unlösbar mit rechtlichen Strukturen verbunden.¹⁵ Diese inhaltliche Verstrickung mit dem Recht bewirkt nun aber, dass sich all die aus rechtlicher Perspektive bedeutsamen Fragen nach der Legitimität des Eingriffs in allgemein-gesetzlich Gewolltes und der Begründung des Aktes als rechtlich-richtiger Institution auch für den Akt der Begnadigung aufdrängen; es ist schließlich ganz ungeklärt, ob ein „Nichtrechtsakt“ (so es sich denn beim Gnadenakt um einen solchen handelt) gleich einem Rechtsakt allgemeine Rechtswirklichkeit gestalten und konkrete Rechtsverhältnisse bestimmen darf und wie eine Begründung dafür lauten könnte, dass er es darf. Ihn nur als letztlich unbegründ- und nicht weiter hinterfragbares Geschehen hinzunehmen, löst Unbehagen aus, weil sich das Recht und seine Ausübung immer vor der Vernunft des einzelnen Subjekts muss ausweisen können.¹⁶ Diese Position hatte sich schon bei den Denkern der Aufklärung mit Macht Bahn gebrochen und zu einer fundamentalen Skepsis im Hinblick auf die Berechtigung zur Begnadigung geführt.¹⁷

Mit Beginn des neuzeitlichen Denkens, und hier insbesondere mit der Erkenntnis, dass das Recht sich von dem als autonom verstandenen Subjekt her begründen lassen muss, ist es ausgeschlossen, Befugnisse des Staates gegenüber dem Einzelnen allein durch seine überlegene Macht¹⁸ oder mit

¹² *Radbruch* (Fn. 6), § 24 (Wolf-Ausgabe: S. 278 f.).

¹³ *Kakies*, Sind Gnadenentscheidungen gerichtlich nachprüfbar?, 1963, S. 44.

¹⁴ *Greve* (Fn. 3), S. 20.

¹⁵ Ähnlich auch schon *Eb. Schmidt*, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 100 Rn. ? (S. 563 [566 mit Verweis auf *v. Hippel*, 567]); *Maurer*, JZ 1963, 27.

¹⁶ Vgl. *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1. Aufl. 1795, 2. Aufl. 1796, in: Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe, Bd. XI, 1. Aufl. 1977, Erster Definitivartikel, *-Anmerkung, BA 21): Rechtliche Freiheit sei die „Befugnis, keinen äußeren Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können“.

¹⁷ Vgl. *Beccaria*, Von den Verbrechen und Strafen, 1764, Kapitel 20.

¹⁸ Zum Majestätsrecht in der Person des Landesherrn *Brückner*, The Legal History Review 69 (2001), 57–79.

Rekurs auf Gottes Gnadentum¹⁹ zu begründen. Deswegen ist mit dem Ausweis eines Instituts als „rechtliches“ zwingend auch ein legitimierendes Element verbunden.

II. Wertdenken und Rechtsbegriff aus Vernunft

Hier sei die These aufgestellt, dass sich am Institut der Gnade etwas zeigen lässt, das über die konkrete Fragestellung hinaus auf einen Grundmangel des skizzierten Wert-Ansatzes, aber auch eines davon beeinflussten gängigen Verständnisses von Rechtswissenschaft überhaupt hinweist. Es könnte sich gerade hier erweisen, dass die Vorstellung einer Trennung der Welten zwischen „Recht“ und „Werten“ vor dem Hintergrund des bereits erwähnten Anspruchs eines Rechtsbegriffs, der die Autonomie der Rechtssubjekte grundlegend in Ansatz bringt, nicht überzeugen kann. Das ist nicht nur im Hinblick auf die explizite Strömung der Wertphilosophie interessant, sondern besonders aktuell auch für all jene, die etwa im Verfassungsrecht von einer „Wertordnung“ sprechen,²⁰ ohne genau auszuweisen, was denn „Werte“ eigentlich sind, wie sie sich ermitteln lassen, wie und nach welchen Prinzipien sie in einer Hierarchie zu ordnen sind, welche „Werte“ Priorität haben sollen und vor allem warum.²¹ Durch einen Rekurs auf ein außerrechtliches „Wertereservoir“ und einen Abwägungsprozess zur Ermittlung ihrer Prioritäten lässt sich das Problem jedenfalls nicht lösen.²²

¹⁹ Vgl. dazu *Rüping*, in: Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, S. 31 (32, 36); vgl. auch BVerfG NJW 1969, 1895.

²⁰ Siehe dazu zunächst *Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, S. 158 ff. (insbesondere S. 162–167), dazu: *Böckenförde*, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, S. 221 ff. (232 ff.). Vgl. zudem *Detjen*, *Die Werteordnung des Grundgesetzes*, 2009, insbesondere S. 29 ff. – primär aus politikwissenschaftlicher Perspektive.

²¹ Vgl. z.B. BVerfGE 7, 198 (205); *Di Fabio*, JZ 2004, 1 ff.; zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung von „Rechtswert“ und zur Abwägung ausführlich *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, S. 681 ff.

²² Vgl. grundlegende Kritik schon bei *Böckenförde* (Fn. 20), S. 65 ff. (insbesondere S. 81 ff.): „Werden ethisch-moralische Postulate oder materiale Werte über die Sicherung der gleichen Freiheit aller und die Grunderfordernisse eines geordneten Zusammenlebens hinaus mit Rechtsverbindlichkeit ausgestattet, so folgt daraus mit Notwendigkeit eine Sozialisierung der individuellen Freiheit und Autonomie; sie wird der Herrschaft derjenigen unterstellt, die das Interpretationsmonopol für diese Postulate oder Werte innehaben bzw. sich zu eigen machen. Das gilt bei der Berufung auf materiale Werte in besonderem Maße, weil Werte als solche einer rationalen, intersubjektiv vermittelbaren Begründung nicht fähig sind, vielmehr letztlich auf Erleben, Wertfühlen, Evidenz erfahrungen und dadurch vermittelte Bekenntnisse zurückgehen und so dem persönlichen (ideologischen) Meinen und Dafürhalten, auch dem Positivismus der Tageswertungen Tür und Tor öffnen, und weil überdies ein rational begründbares Fundierungssystem für miteinander kollidierende Werte

Die Vorstellung eines Bereichs des Rechts, der unter dem Wertaspekt gewissermaßen von außen beurteilt werden kann, verkennt, dass die einzelnen Rechtssubjekte immer schon ursprünglich mit dem Recht verbunden sind, es selbst mitbegründen. Recht muss gedacht werden als vom freien Subjekt in Gemeinschaft mit anderen freien Subjekten Hervorgebrachtes. Der Einzelne ist dann nicht nur Adressat eines ihm gegenüberstehenden Regelwerks, das an äußeren Werten gemessen werden kann oder muss, sondern selbst Grund des Rechts.

Ist Ausgangspunkt der Bestimmung des Rechtsbegriffs die Befähigung jedes einzelnen Subjekts zur praktischen Selbstgesetzgebung, so ist damit gleichursprünglich die Möglichkeit der Einsicht in die Notwendigkeit des Rechts und der Verwirklichung rechtlicher Verhältnisse gesetzt. Denn soll Freiheit in einer Gemeinschaft von Menschen Realität haben, so bedarf es einer allgemeinen Form, in der sie konkretisiert, zugeordnet und gesichert wird. *Immanuel Kant* formuliert das folgendermaßen:

„Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, in so fern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen.“²³

Die Dimension der Gemeinschaftlichkeit hebt die Autonomie des Einzelnen also nicht etwa auf. Im äußeren Verhältnis der Menschen zueinander wird aber eine Gemeinschaftsorganisation mit allgemeinen äußeren Gesetzen notwendig, die das Zusammenstimmen der Freiheit des Einen mit der Freiheit aller Anderen ermöglichen.

Der Unterschied eines solchen Ansatzes zum „Werte-Ansatz“ liegt darin, dass er sich nicht auf „Werte“ stützt, die mit dem Subjekt unverbunden irgendwie neben ihm her existieren und allenfalls von ihm erfährtbar oder Gegenstand seines Glaubens sind.²⁴ Das Recht wird vielmehr gedacht als eine Leistung der Rechtssubjekte selbst, ihre Freiheit gemäß dem Prinzip der Selbstbestimmung im äußeren Verhältnis zu anderen, genauso gearteten Subjekten allgemeinverbindlich zu gestalten. Die Verbindlichkeit des Rechts ist nur aus diesem Grund zu erklären; der Einzelne ist gebunden, weil seine Vernunft ihm sagt, dass er gebunden sein muss, um in der mit Anderen geteilten Welt frei sein zu können.

Ferner ist es nicht ein bestimmter oder bestimmbarer materialer Wert, oder eine entsprechende Wertekaskade, die sich im Recht zu positivieren hat und dementsprechend als Maßstab für ein gelungenes Recht dienen kann. Nicht nur sind *Wertempfindungen* per se bloß subjektiv und damit zur

ebenfalls nicht ersichtlich ist.“ (S. 83 – *Hervorhebung* im Original, Fn weggelassen). Siehe zudem *ders.*, (Fn. 7), S. 67 ff.

²³ *Kant*, *Über den Gemeinspruch*: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, in: Weischedel (Fn. 16), A 234.

²⁴ Vgl. dazu die Darstellung von *Coing* (Fn. 7), S. 76, 77, dort mit Hinweis auf *Max Weber*.

Verallgemeinerung untauglich; darüber hinaus ist jegliche materiale Festsetzung mit demselben grundsätzlichen Mangel behaftet: Guts- und Glücksvorstellungen, seien sie religiösen oder anderen Ursprungs, können zwar für das Leben eines einzelnen bestimmt wirken; aber sie differieren von Person zu Person, von Kultur zu Kultur, sind abhängig von gesellschaftlicher Prägung, von Erfahrungshorizonten und Erziehung. Es ist vollkommen unmöglich, *das* eine allgemeingültige Gut, oder in der Terminologie der Wertphilosophie, *den* einen Wert zu finden, der handlungsleitend für alle sein kann.²⁵

Allgemeingültigkeit kann sich deshalb nur so herstellen, dass eine *Form* gefunden wird, die es allen gleichermaßen ermöglicht, ihrem jeweiligen Lebenskonzept zu folgen.²⁶ Die skizzierte Wert-Vorstellung kann dagegen nicht erklären, wie die Gerechtigkeit als äußerlich an das Recht angelegter Maßstab, den der Einzelne als Gegenstand eines Gefühls mehr erahnen als wissen kann, für das Recht eine verbindliche Richtschnur sein kann. Es muss vielmehr der Rechtsbegriff selbst sein, dem der Begriff der Gerechtigkeit nicht äußerlich, sondern innerlich ist – und zwar nicht als materialisierter Wert irgendeiner Art, sondern als äußere Form der Freiheit. Es ist allein ein solcher vorpositiv begründeter Rechtsbegriff und die aus ihm entfaltete verfasste Gerechtigkeit,²⁷ die als Maßstab für die Legitimation der fraglichen Institute dienen können.

III. Strafe und Gnade als legitime Rechtsakte

Ist aufgewiesen, dass Strafe und Begnadigung als Rechtsbegriffe (im gerade entwickelten freiheitlichen Sinne) begriffen werden müssen, so zeigt sich in einem nächsten Schritt, dass die Begriffsbestimmung notwendig Teil eines Begründungszusammenhangs ist, der am einzelnen Rechtssubjekt anzusetzen, von ihm ausgehend den gemeinschaftlichen Zusammenhang zu erfassen, darin den Rechtsbegriff zu bestimmen und von diesem ausgehend Unrecht und Strafe begrifflich zu entwickeln hat.

1. Strafe

Das Rechtssubjekt hat im Zusammenhang mit der staatlichen Strafbegründung eine eigentümliche Doppelstellung: Einerseits ist es als vernunftbegabter Bürger seines Staates Mitkonstituent der staatlichen Ordnung, in der er lebt. Er wird als Teil des gesetzgebenden allgemeinen Willens begriffen. Das Recht steht ihm deswegen nicht als heteronomes Regelwerk und der Staat nicht als bloße Macht gegenüber, sondern der Bürger ist selbstgesetzgebend daran beteiligt.

²⁵ Besonders hilflos muten die Versuche an, eine „Werthierarchie“ aufzustellen, weil unklar ist, welche übergeordneten Prinzipien Vor- oder Nachrangigkeiten begründen sollen.

²⁶ Siehe Kant, Metaphysik der Sitten, 1. Aufl. 1797/2. Aufl. 1798, § B, in: Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe, Bd. VII, 1997, AB 32, 33. Vgl. zudem Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017, S. 123.

²⁷ Diese Formulierungen stammen von Köhler, in: K. Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 57 (59).

Dies ändert sich auch dann nicht, wenn aus dem gesetzesstreuen Bürger ein Straftäter wird, wenn er also dazu übergeht, allgemeinverbindliche Gesetze in einer Weise zu verletzen, die strafwürdiges Unrecht begründet. Das ist der Fall, wenn er selbstbestimmt gegen konkrete Freiheitspositionen anderer und damit *ihre* Selbstbestimmung vorgeht, die durch den Staat allgemein verbürgt ist – und das, obwohl ihm einsichtig ist, dass er sich damit in Widerspruch zur gesetzlichen Allgemeinheit setzt, deren Teil auch er selbst ist.²⁸

Derselbe Staat wendet sich dann mit der Strafe nun seinerseits freiheitsstatusmindernd gegen den Straftäter. Der zum Straftäter gewordene Bürger ist nun also, andererseits, Adressat eines staatlichen Strafzwangs, der ihm eine Freiheitsbeschränkung aufnötigt, die der Überschreitung seines eigenen Freiheitsraumes und des zu Unrecht in Anspruch genommenen fremden Freiheitsbereichs entspricht. Die Strafe ist erzwungene Freiheitsstatusminderung wegen einer selbstverschuldeten Tat, und sie bewirkt eine Wiederherstellung der durch die Tat gestörten konkreten und allgemeinen Freiheit durch einen gerechten Unrechtsausgleich.²⁹

Strafe wird dann als allgemeingesetzlich vorgesehene, notwendige Folge auf eine durch den freien Bürger begangene Straftat begriffen; sie ist begrifflich mit dem Unrecht verbunden; die Rechtsgemeinschaft ist auf die Wiederherstellung der freiheitlichen Verhältnisse durch die Strafe angewiesen und hat durch das allgemeingültige Strafgesetz, die Strafverfolgung, die Strafjustiz und den Strafvollzug die notwendigen Bedingungen für eine gerechte Bestrafung geschaffen.

2. Begnadigung

Gnade wirkt insofern auf diesen Zusammenhang ein, als sie eine Unterbrechung der notwendigen Begriffsfolge Recht-Unrecht-Strafe bewirkt, indem sie die Bestrafung ausnahmsweise aussetzt. Ebenso wenig wie die staatliche Reaktion Strafe auf das Verbrechen bloß zufällig folgt, sondern aus Rechtsgründen geboten ist, sind nun aber auch Strafaufhebungsmaßnahmen in ihrer Legitimität nicht selbstverständlich, sondern begründungsbedürftig.

²⁸ Vgl. zu diesem Verbrechensverständnis zunächst: Kant (Fn. 26), § 49, Allgemeine Anmerkung A, *-Anm. (Weischedel-Werkausgabe: A 178, 179; B 208, 209): „Eine jede Übertretung des Gesetzes kann und muss nicht anders, als so erklärt werden, dass sie aus einer Maxime des Verbrechers (sich eine solche Untat zur Regel zu machen) entspringe; denn, wenn man sie von einem sinnlichen Antrieb ableitete, so wäre sie nicht von ihm, als einem freien Wesen, begangen, und könnte ihm nicht zugerechnet werden; [...].“

²⁹ Grundlegend Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung: Erörtert am Problem der Generalprävention, 1983; ders., Der Begriff der Strafe, 1986; ders., in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 11 ff.; ders. (Fn. 2), S. 37 ff.; Wolff, ZStW 97 (1985), 786 ff.; Ausarbeitung des Gedankens bei Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, S. 157 ff. (m.w.N.); knapp auch *dies.*, ZIS 2017, 391 (392 ff.).

Der *Gnadenakt* bildet den Schlusspunkt des gedanklichen Zusammenhangs, der ansetzt bei der einzelnen Rechtsperson, sich erweitert zur verfassten, staatlichen Rechtsgemeinschaft und ihrer inneren Struktur – der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt –, innerhalb derer allgemein-gesetzlich Unrecht und Strafe bestimmt und in einem konkreten Fall durch ein Strafurteil zur Anwendung gekommen ist. Die Begnadigung entzieht dem Strafurteil seine Wirkung; die allgemein-gesetzlich gewollte Rechtsstatuseinbuße beim Täter wird ausnahmsweise nicht durchgesetzt bzw. aufgehoben. Die gleichmäßige Rechtsanwendung wird durchbrochen.³⁰ Daraus resultiert ein vorläufig festzuhalternder

³⁰ Dass dies unter dem Aspekt der Gleichheit auf ein Gerechtigkeitsproblem hindeutet, stellt schon *Engisch* heraus, vgl. ders. (Fn. 3), S. 107. Siehe zudem BVerfG NJW 1977, 2355 (2356): „Das BVerfG hat wiederholt das Interesse der Allgemeinheit an der Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtpflege hervorgehoben, ohne die Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden kann [...]. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, daß Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtpflege zu gewährleisten, umfaßt danach seine Pflicht, die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter (Freiheits-)Strafen sicherzustellen. Der Staat kann und darf hierauf – abgesehen vom Fall der Amnestie – nicht nach seinem Belieben generell oder im Einzelfall verzichten; das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und der Anspruch aller in Strafverfahren Beschuldigten auf Gleichbehandlung erfordern vielmehr grundsätzlich, daß der Strafanspruch durchgesetzt, also auch eingeleitete Verfahren fortgesetzt und rechtskräftig verhängte Strafen vollstreckt werden. Von diesem Prinzip gibt es eine Reihe fest umgrenzter Ausnahmen, die dem Staat unter bestimmten Umständen ein Absehen von der weiteren Strafverfolgung vorschreiben oder gestatten. Diese Fälle haben überwiegend eine gesetzliche Regelung erfahren oder bedürfen doch einer solchen. Zu den gesetzlich geregelten Fällen gehören insbesondere die Einstellung des Verfahrens (§§ 153 ff. StPO), die sogenannte bedingte Entlassung eines Verurteilten (z.B. § 57 StGB) sowie das Absehen von der Strafvollstreckung im Falle der Auslieferung oder Ausweisung des Verurteilten (§ 456a StPO); die Anordnung von Straffreiheit (Amnestie) bedarf der Regelung durch den Gesetzgeber. Neben diesen gesetzlich geregelten bzw. regelungsbedürftigen Fällen kann der Staat von der Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe allein dadurch absehen, daß er den Verurteilten begnadigt. Die Begnadigung ist jedoch nur als Ergebnis der Prüfung denkbar, ob besondere Umstände den Verurteilten des Gnadenerweises würdig erscheinen lassen. Darüber hinaus ist dem Staat der Verzicht auf die Verwirklichung seines Strafanspruchs einschließlich der Vollstreckung einer Strafe von Verfassung wegen untersagt.“ Vgl. ferner Köhler (Fn. 27), S. 58–61.

Widerspruch: Das allgemeine Gesetz gilt aus Vernunftgründen; die Gnade, setzte man sie als allgemeines Gesetz, höbe diese Gesetzesgeltung auf.³¹ Es stellt sich dann die Frage, ob und wenn ja, wie ist dieser Widerspruch ohne Rekurs aufs Irrationale und damit bloß Subjektive aufzulösen?

Auf der Suche nach einer tragenden Begründung dieser ausnahmsweisen Freistellung eines einzelnen Täters von den ansonsten regelmäßig durch die begangene Unrechtstat ausgelösten Straffolgen werden unterschiedliche Aspekte ins Feld geführt:³²

- Die persönliche Milde des Gnadenspenders,
- das persönliche Wohlwollen gegenüber dem Begnadigten,
- die Korrektur etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung,
- Mittel der Kriminalpolitik,
- Gründe der Staatsraison,
- Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit.

Dass diese einzelnen Begründungsansätze argumentativ vollkommen unverbunden nebeneinanderstehen, zeigt, dass sie jeweils nur Einzelmotivationen, allenfalls singuläre Ansätze einer Begründung liefern können. Es sieht deswegen tatsächlich so aus, als bräche das Institut der Gnade mit dem allgemeinen Rechtsgedanken. Da zu ihrer Begründung der Rekurs auf außerrechtliche „Werte“ (Güte, Milde oder Barmherzigkeit) oder auf politische Zweckmäßigkeit nicht genügt – müsste sie, als vorläufige Konsequenz, aus einem freiheitlichen Rechtstaat zu verbannen sein.³³

Diese vorläufige Konsequenz sei aber mit den folgenden Gedanken nochmals auf den Prüfstand gestellt.

a) *Der Gedanke der „Güte“ oder „Billigkeit“ im Recht – Ursprünge bei Aristoteles*

Der Begnadigungsakt ist, wie gesehen, eine Ausnahme zur Allgemeingesetzlichkeit der Strafe im Einzelfall.

Ein grundlegender Gedanke zu dem Verhältnis von Allgemeingesetzlichkeit und Einzelfall lässt sich schon bei *Aristoteles* finden: Er stellt eine Untersuchung über die „Güte in der Gerechtigkeit“³⁴ an und fragt, wie sich das eine zum anderen verhält.³⁵ Bei ihm heißt es:

³¹ So auch Köhler (Fn. 27), S. 60.

³² Vgl. zum Folgenden Holste, Jura 2003, 738 (740 ff.). Vgl. zudem Klein, Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?, 2001, S. 12 ff. Siehe zudem Schätzler, NJW 1975, 1249 (1250–1251). Zu den historisch überkommenen Gnadengründen mit weiteren Nachweisen Rüping (Fn. 19), S. 36 ff.

³³ In diese Richtung haben sich geäußert: Huba, Der Staat 29 (1990), 117 ff.; Waldhoff/Grefrath, Berliner Kommentar zum GG, 2025, 27. EL VII/09, Art. 60 Rn. 23; Waldhoff, in: Waldhoff (Fn. 1), 2014, S. 131 ff. Skeptisch auch Heun, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 60 Rn. 23 f. Dagegen: Pieper, in: Herdegen/Klein/Papier/Scholz (Hrsg.), Staatsrecht und Politik: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, 2009, S. 355 (373–375, jedoch ohne tragende Begründung).

³⁴ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, Kapitel 14 (hier zitiert nach der von Dirlmeier übersetzten Fassung des Aka-

„(Das etwa sind die Gedankengänge, aus denen sich die Problematik des „Gütigen im Gerechten“ ergibt. In Wirklichkeit aber steckt in allen etwas Richtiges und sie widersprechen sich durchaus nicht. Denn das Gütige ist, indem es besser ist als eine bestimmte Art des Gerechten, selber ein Gerechtes. Wenn es aber besser ist als das Gerechte, so bedeutet dies nicht, dass es einer anderen Gattung angehört. Das Gerechte und das Gütige ist also identisch: beides sind wirkliche Werte, nur steht das Gütige im Range höher.) In Wirklichkeit entsteht die Problematik dadurch, dass das Gütige zwar ein Gerechtes ist, aber nicht im Sinne der durch das Gesetz gewährleisteten Gerechtigkeit, sondern es ist eine Berichtigung der Gesetzes-Gerechtigkeit. Das hat seinen Grund darin, dass jegliches Gesetz allgemein gefasst ist. Aber in manchen Einzelfällen ist es nicht möglich, eine allgemeine Bestimmung so zu treffen, dass sie richtig ist. In solchen Fällen nun, wo es notwendig ist, sich allgemein auszudrücken, dies aber doch nicht so geschehen kann, dass alles richtig ist, da nimmt das Gesetz die Fälle sozusagen en bloc, ohne allerdings zu übersehen, dass damit eine Fehlerquelle gegeben ist. Und trotzdem ist das Verfahren richtig, denn der Fehler liegt nicht im Gesetz und im Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache, denn so ist nun einmal die Fülle dessen, was das Leben bringt.

Wenn nun das Gesetz eine allgemeine Bestimmung trifft und in diesem Umkreis ein Fall vorkommt, der durch die allgemeine Bestimmung nicht erfasst wird, so ist es ganz in Ordnung, an der Stelle, wo uns der Gesetzgeber im Stiche lässt und durch seine vereinfachende Bestimmung einen Fehler verursacht hat, das Versäumnis des Gesetzgebers selbst zu berichtigen: So wie er selbst die Bestimmung getroffen hätte, wenn er im Lande gewesen wäre und wie er sie, wenn ihm der Fall bewusst gewesen wäre, in sein Gesetz aufgenommen hätte. Daher ist das Gütige ein Gerechtes und ein höherer Wert als eine bestimmte Form des Gerechten – worunter allerdings nicht das schlechthin Gerechte zu verstehen ist, sondern das infolge seiner allgemeinen Fassung Fehlern unterworfen Gerechte. Und dies ist das Wesen der „Güte in der Gerechtigkeit“: Berichtigung des Gesetzes da, wo es infolge seiner allgemeinen Fassung lückenhaft ist. [...“

Bei der Interpretation dieser Stelle aus der Nikomachischen Ethik ist zunächst darauf hinzuweisen, dass *Aristoteles* hier nicht explizit von *Gnade* spricht. „Epikie“, hier übersetzt mit „Güte“, wird in anderen Übersetzungen als „Billigkeit“ bezeichnet.³⁶ Die „Billigkeit“ oder „Güte“ im Sinne *Aristoteles* wird von ihm einerseits als Erscheinungsform der Gerechtigkeit eingeordnet, ihr wird aber zugleich ein höherer Rang als einer bestimmten Art von Gerechtigkeit, nämlich der Gesetzes-

demie-Verlags, 1960, in der der Begriff „Epikie“ mit „Güte“ übersetzt wird).

³⁵ Gründlich dazu *Steiger*, Einzelfall und Norm, 2025, S. 43 ff.

³⁶ Vgl. z.B. die von *Rolfes* übersetzte und von *Bien* bearbeitete Ausgabe der Schriftensammlung in sechs Bänden vom Meiner Verlag, Bd. 3, 2019.

gerechtigkeit eingeräumt.³⁷ Ihre Eigenart ist die Berichtigung der Gesetzes-Gerechtigkeit, die in ihrer allgemeinen Fassung einzelnen Fällen gerade nicht „gerecht“ wird. Mithilfe der „*epieíkeia*“ sollte der Widerspruch zwischen Typizität und Singularität im Dienst der Gerechtigkeit und unter Beachtung der Notwendigkeit des Gesetzes gelöst werden.³⁸

Dieses Konzept hat sich seit *Aristoteles* im Rechtsdenken fortgesetzt.³⁹ Im Römischen Recht findet man die Unterscheidung zwischen „ius strictum“ (striktes Recht) und „ius aequitas“ (billiges Recht); mit letzterem ist der Gedanke der „humanitas“ (Menschlichkeit) eng verbunden.⁴⁰ Die römische *aequitas* ist nach *Steiger* als grundlegendes Korrekturprinzip in der Rechtsentwicklung zu begreifen: Zunächst diente sie der Auffüllung von Rechtslücken oder rechtsfreien Räumen, dann entwickelte sie sich als Institut zur Unterstützung und schließlich zur Korrektur und Ersetzung des vorhandenen Rechts.⁴¹ In der mittelalterlichen Lehre des *Thomas von Aquin* wurden die Grundgedanken des *Aristoteles* revitalisiert: Die Billigkeit sei ein Teil der (theologisch begründeten) Gerechtigkeit, aufgrund seiner Korrekturfunktion der Gerechtigkeit aber gleichzeitig entgegengesetzt.⁴²

b) „Individualisierte Gerechtigkeit“ als Gnadengrund

Auch wenn der Zusammenhang zwischen der soeben erinnerten antiken Idee der Billigkeit zur Gnade hier etwas gewaltsam hergestellt wird und noch keinesfalls als sicher abgeleitet gelten kann: Viele, die sich in neuerer Zeit mit der Begründung der Gnade beschäftigt haben, haben sie als eine besondere Form der „individualisierten Gerechtigkeit“ bezeichnet und insofern, wenn auch nicht explizit, in die Nähe zum „Billigkeitskonzept“ gestellt.

Karl Engisch etwa vermerkt:

„Denn das Recht muss gleichermaßen in der Lage sein, dem Prinzip der generalisierenden Gerechtigkeit, wie es im Gleichheitsgrundsatz steckt, Genüge zu tun, wie auch dem Prinzip der individualisierten Gerechtigkeit, wie es in der Gnade zur Geltung kommt. So stehen Recht, Gerechtigkeit und Gnade nicht in einem Verhältnis der Spannung. Es gibt eine gerechte Gnade und eine gnaden-schenkende Gerechtigkeit.“⁴³

Bei *Rüping* heißt es, die Verbindlichkeit der allgemeinen Norm werde anerkannt, ihre Anwendung auf den Einzelfall aber als

³⁷ Siehe dazu *Bien*, in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Stichwort „Billigkeit“.

³⁸ So *Steiger* (Fn. 35), S. 66.

³⁹ Sehr gründliche Darstellung der Entwicklung des Billigkeitsverständnisses im Recht von der Antike bis ins 21. Jahrhundert bei *Steiger* (Fn. 35).

⁴⁰ So *Bien* (Fn. 37); vgl. dazu zudem *Coing*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung 69 (1952), 24 (42 ff.).

⁴¹ *Steiger* (Fn. 35), S. 74.

⁴² Nochmals *Steiger* (Fn. 35), S. 113.

⁴³ *Engisch* (Fn. 3), S. 118.

„unbillig“ empfunden; die Einzelfallbegnadigung solle ein in der generellen Regel verfehltes Gesetz überwinden.⁴⁴

Und in einer entscheidenden Passage einiger von der Hauptentscheidung dissentierender Richter des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1969 heißt es:

„In der rechtsstaatlichen verfassungsmäßigen Ordnung enthält der Gnadenakt daher nicht mehr einen systemwidrigen Eingriff in die Rechtsprechung und die bestehende Rechtsordnung. Die Gerichte müssen die vom Gesetzgeber erlassenen, notwendigerweise abstrakt formulierten Normen im Einzelfall anwenden. Um der Berechenbarkeit und Sicherheit des Rechtes willen muß die gesetzliche Regelung allgemein gehalten sein und typisierend verfahren. Die Gerechtigkeit ist hingegen ihrem Wesen und ihrer inneren Struktur nach immer auf den konkret-individuellen Einzelfall bezogen. In der rechtsstaatlichen Ordnung dient der Gnadenakt dazu, die Auswirkungen gesetzeskonformer Richtersprüche zu modifizieren, wenn diese mit den Postulaten individueller Gerechtigkeit ausnahmsweise in einen Konflikt geraten.“⁴⁵

⁴⁴ Rüping (Fn. 19), S. 34, 39.

⁴⁵ So die dissentierenden Richter in BVerfG NJW 1969, 1895 (1896). Weiter heißt es dort: „Die Inhaber des Gnadenrechts dürfen dieses daher nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und der durch diese, insbesondere durch Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG, gezogenen Grenzen ausüben. Jede positive und jede negative Gnadenentscheidung muß von Motiven getragen sein, die sich an der Gerechtigkeitsidee orientieren, wie sie vom GG im einzelnen konkretisiert worden ist.

Eine willkürliche oder leichtfertige Kassation gerichtlicher Urteile im Gnadenwege wäre hiernach mit der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 20 Abs. 2, 92 GG) unvereinbar. Dagegen ist es legitim, wenn in der Gnadenentscheidung das Schicksal, das der Täter und seine Familie durch eine gesetzeskonforme Strafverurteilung erleiden, sowie die Wirkungen der Vollstreckung der Strafe auf das Gesamtinteresse (BVerfGE 10, 234 (246) = NJW 1960, 235) und die Persönlichkeit des Verurteilten berücksichtigt werden. Gerechtigkeitserwägungen können auch zu dem Schluß führen, daß die Strafe ihren Zweck schon vor dem Ende der Vollstreckung erreicht hat. Eine an der Gerechtigkeit orientierte Gnade steht nicht außerhalb des Rechts. Sie trägt dazu bei, daß der tatbezogene Richterspruch für den Verurteilten und die Gemeinschaft sinnvoll bleibt.

Die komplexe Motivation der Gnadenentscheidung ist einer normativen Erfassung entzogen. Die nach dem GG und den Landesverfassungen zur Ausübung des Gnadenrechts berufenen Amtsträger können ihre Entscheidung grundsätzlich nach freiem Ermessen treffen. Nach diesem Ermessen kann ein Gnadenerweis aus jedem von der Wertordnung des GG nicht mißbilligten Grunde abgelehnt werden. Eine solche Entscheidung verletzt nicht Rechte des Petenten.“ Dazu Klein, (Fn. 32) S. 17 ff.

Gnade wird damit verstanden als Teil der Gerechtigkeit, die zwar in den Gesetzen eine allgemeine Form angenommen hat, aber in *besonderen Einzelfällen* einer Modifikation bedarf. Die Gnade ist dann in den Begriff der Gerechtigkeit integriert, wird also selbst als eine ihrer Teilerscheinungen begriffen.⁴⁶

Nimmt man diese Überlegungen ernst, so kann Gnade damit nicht mehr aus beliebigen Gründen, sondern nur aus solchen ausgeübt werden, die sich auf den Gedanken der „individualisierenden Gerechtigkeit“ zurückführen lassen.⁴⁷ Damit wären schon einige der oben genannten Begnadigungsakte aus dem Kreis der legitimen Begnadigungen auszuschließen: Die persönliche Milde des Gnadenspenders, das persönliche Wohlwollen gegenüber dem Begnadigten, die nicht näher am Maßstab der Gerechtigkeit ausgewiesenen „Mittel der Kriminalpolitik“ oder „Gründe der Staatsraison“ beruhen nicht auf dem Gedanken der Individualgerechtigkeit, die sich in Ausnahmefällen gegen die Allgemeingesetzlichkeit durchsetzen muss. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die „Funktionen der Gnade“ auf die folgenden beschränkt: Ausgleich von Härten des Gesetzes, etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung sowie von Unbilligkeiten bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen.⁴⁸ Das aber bedeutet gleichzeitig, dass das Gnadenrecht nicht schon per se als rechtsstaatswidrig – weil willkürlich, bloß politisch, irrational oder allein subjektiv motiviert – zu verwerfen ist, sondern durchaus eine mit der Idee des Rechts im Einklang stehende Funktion haben kann.

c) Konkretisierende Gerechtigkeit als Sache der Rechtsprechung

Bei den verbliebenen Gnadenmotivationen stellt sich die Frage, ob die Korrektur etwaiger Irrtümer der Urteilsfindung und die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit nicht grundsätzlich schon als Teil der allgemeinen Strafgesetzlichkeit auszugestalten sind. Es ist ja gerade die Aufgabe der das Urteil fällenden Richter, diese Allgemeinheit auf den Einzelfall anzuwenden und in der Sentenz durch einen Subsumtionschluss ein konkret gerechtes Urteil zu sprechen.⁴⁹ Das im

⁴⁶ Bestritten u. a. bei Grawe (Fn. 3), S. 19: Gnade und Billigkeit seien streng zu unterscheiden; und bei Schätzler, NJW 1975, 1249 (1251): „[...], ob die Gnade in der Regel nicht sogar gegen die Gerechtigkeit steht. Wenn Gnade versagt wird, nimmt die Gerechtigkeit ihren Lauf; wenn sie gewährt wird, so wird Gerechtigkeit Einhalt geboten. In der Begnadigung liegt ein Trotzdem. Sie bezieht ihre Motivation nicht aus der Idee der Gerechtigkeit, sondern zuerst aus Zweckmäßigkeitsurteilen: Der Strafzweck erscheint durch die Verhängung der Strafe oder der Verbüßung einsteils erreicht; [...].“

⁴⁷ In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation Funks, Gnade und Gesetz, 2017, S. 140 (141).

⁴⁸ BVerfG NJW 1969, 1895. Vgl. dazu auch Funk (Fn. 47), S. 200 ff. (m.w.N.)

⁴⁹ Zur Struktur des strafrechtlichen Urteilsaktes als Zurechnungsschluss demnächst Heuser, Der Begriff der strafrechtlichen Zurechnung (erscheint 2026).

Staat verfasste Recht und die durch die drei Gewalten der Legislative, Exekutive und Judikative strukturierte öffentliche Gerechtigkeit muss es gerade leisten, dass „jedem das Seine teilhaftig wird“ (*Kant*); in der Strafjustiz bedeutet das, dass jeder dem allgemeinen Gesetz gemäß, unter Berücksichtigung des von ihm begangenen Unrechts und des Grades seiner Schuld bestraft wird. Es ist zuvörderst das Gesetz selbst, das Mechanismen bereitstellen muss, um etwaige Fehler im Gang des Prozesses zu korrigieren und auch gerade im Einzelfall Gerechtigkeit walten zu lassen. Strafprozessuale Institute wie die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff. StPO) oder auch die strafrechtlichen Bewährungsvorschriften⁵⁰ haben dies zu großen Teilen in allgemeingesetzlicher Weise getan.⁵¹

Es fragt sich dann, welche *Besonderheiten* überhaupt noch Gnadenentscheidungen rechtfertigen könnten. Sie müssten so geartet sein, dass sie ihrer Natur nach bei den *gesetzlichen Regelungen*, die vom *Gesetzgeber* stammen und auf den allgemeinen Willen des Volkes zurückführbar sind, und den ihnen entsprechenden konkreten Urteilen, die von *den an das Gesetz gebundenen Richtern* stammen, nicht berücksichtigt werden können, aber dennoch unter den Rechtsbegriff fallen.

d) Eigenart der Gnade als Akt der „Billigkeit“ durch das Staatsoberhaupt

Bei der Gnade kommt nun als Besonderheit hinzu, dass es sich um eine Befugnis des Staatsoberhaupts im Verhältnis zu einem Staatsbürger handelt.

Zu dieser Berechtigung des Staatsoberhaupts findet sich in einer Reflexion *Kants* zur Rechtsphilosophie⁵² eine interessante Überlegung: Die „Bedingungen der Begnadigung muss ihm [dem Souverän, Anm. KG] das Naturrecht vorschreiben“; die Gnade habe „kein Prinzip aber wohl Billigkeit in Ausübung der gesetzlichen Gewalt.[...]“ Der Souverän müsse sich dafür rechtfertigen, weil es an sich ungerecht sei, von „einem allgemeinen Strafgesetze einem zu Gunsten eine Ausnahme zu machen“.

Dieser Überlegung kann man zunächst entnehmen, dass auch *Kant* davon ausgegangen ist, dass der Oberste im Staat bei der Ausübung des Begnadigungsrechts nicht bindungslos (im modernen Wortsinn: „willkürlich“ i.S.v. „sachgrundlos“, bloß nach „eigenem Gutdünken“) agieren dürfe: Er müsse sich rechtfertigen, weil es „an sich ungerecht“ sei, von einem allgemeinen Strafgesetz eine Ausnahme zu machen.⁵³ Die

⁵⁰ Siehe §§ 56 f. StGB; dazu *Ostendorf/Bartsch*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, §§ 56 ff.; *Dünkel/Pruin*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (a.a.O.), § 57; *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Auflage 2025, §§ 56 und 57. Zur historischen Entwicklung siehe auch *Rüping* (Fn. 19), S. 32 ff.

⁵¹ Genauer dazu *Volckart*, NStZ 1982, 496 ff.

⁵² *Kant*, Reflexionen zur Rechtsphilosophie Nr. 8039, in: Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 19, 1934, S. 589.

⁵³ Vgl. auch *Kant* (Fn. 26), Rechtslehre, § 49, Allgemeine Anmerkung E, II., A 206, B 236: Das Begnadigungsrecht sei

Gnade habe kein *Prinzip*, wohl aber *Billigkeit* in Ausübung der gesetzlichen Gewalt. Hier taucht also erneut der Gedanke der „Billigkeit“ auf, und zwar als materielles Kriterium für die Ausübung des Begnadigungsrechts durch das Staatsoberhaupt.

Ein *Prinzip* ist nach *Kant* ein Grundsatz, und Erkenntnisse aus Prinzipien sind solche, da „ich das Besondere im Allgemeinen durch Begriffe erkenne.“ Jeder Vernunftschluss sei eine Form der Ableitung einer Erkenntnis aus einem Prinzip.⁵⁴ Wenn *Kant* schreibt, Gnade habe kein Prinzip in Ausübung der gesetzlichen Gewalt, so umschreibt er damit die Besonderheit, dass die Ausübung des Gnadenrechts nicht den Regeln der Subsumtion unter ein allgemeines Gesetz, das Rechtsgesetz, das konkret auch ein Strafgesetz sein kann, folgt.⁵⁵

Kant kennt aber auch noch ein weiteres Recht (ius latum), „wo die Befugnis zu zwingen durch kein Gesetz bestimmt werden kann.“ Zu diesem Recht im weiteren Sinne gehört die „Billigkeit“.⁵⁶ Die Billigkeit, so *Kant*, ist

„(objektiv betrachtet) [...] keineswegs ein Grund zur Aufforderung bloß an die ethische Pflicht anderer (ihr Wohlwollen und Güte), sondern der, welcher aus diesem Grunde etwas fordert, fußt sich auf sein Recht, nur dass ihm die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangeln, nach welchen dieser bestimmen könnte, wie viel, oder auf welche Art dem Anspruche desselben genug getan werden könnte.“⁵⁷

Kant beschreibt im selben Abschnitt Fälle, in denen großes Unrecht dadurch geschieht, dass der Richter das strikte Recht nach dem Wortlaut des Gesetzes anwendet: z.B. das Auszahlen des Lohnes für eine Arbeitsleistung getreu dem Wortlaut des Vertrages, aber ohne Rücksicht auf einen inzwischen

wohl unter allen Rechten des Souveräns das schlüpfrigste, „um den Glanz seiner Hoheit zu beweisen, und dadurch doch im hohen Grade unrecht zu tun.“

⁵⁴ *Kant* schreibt: „Ich würde daher Erkenntnis aus Prinzipien diejenigen nennen, da ich das Besondere im Allgemeinen durch Begriffe erkenne. So ist denn ein jeder Vernunftschluss eine Form der Ableitung einer Erkenntnis aus einem Prinzip. Denn der Obersatz gibt jederzeit einen Begriff, der da macht, dass alles, was unter der Bedingung desselben subsumiert wird, aus ihm nach einem Prinzip erkannt wird.“ (Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781/2. Aufl. 1787, Transzendentale Dialektik, Einl. II. A., in: Weischedel [Hrsg.], Werkausgabe, Bd. III, A 300/B 357).

⁵⁵ Das Rechtsgesetz lautet: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“; es ist als „striktes“ Recht mit der Befugnis zu zwingen verbunden. Wer *im Recht* ist, *darf es auch erzwingen*; Recht und die Befugnis zu zwingen sind insofern einerlei. Vgl. dazu etwa *Gierhake*, ARSP Beiheft 140 (2014), 33 ff.

⁵⁶ Vgl. *Kant* (Fn. 26), Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, I., AB 38, 39.

⁵⁷ Ebenda, AB 39.

eingetretenen Wertverlusts des Geldes, so dass der Wert des vereinbarten Lohns bei Abschluss des Vertrages bei weitem nicht mehr dem Wert bei Auszahlung entspricht. *Kant* meint, dass hier kein Richter der Welt an diesem Urteil vorbeikäme, weil der Vertragswortlaut und das Gesetz eindeutig sind. Trotzdem bestehe ein berechtigter Anspruch des Schuldners gegenüber dem Gläubiger auf Wertausgleich, der aber nicht erzwingbar ist.

Der Sinspruch der Billigkeit lautet nach *Kant*: „Das strengste Recht ist das größte Unrecht“. Er sieht, dass dem auf dem üblichen Weg der Rechtsprechung durch ein Gericht nicht abgeholfen werden kann; die Instanz, die zuständig ist, ist vielmehr das „Gewissensgericht“.⁵⁸ Wenn *Kant* nun schreibt, dass das Staatsoberhaupt bei der Ausübung des Gnadenrechts „Billigkeit“ walten lasse müsse, so lässt sich daraus folgendes ableiten:

Es handelt sich nicht um erzwingbares, striktes Recht, welches darauf angewiesen ist, dass ein Richter die Bedingungen vorfindet, aus dem Allgemeinen auf das Besondere zu schließen. Allgemeine Grundsätze des Gnadenrechts, damit solche, die sich in allgemeiner Gesetzesform ausdrücken und durch eine Subsumtionsleistung konkretisieren ließen, gibt es nicht; deshalb kann der Einzelne auch keinen erzwingbaren Anspruch auf eine bestimmte Ausübung des Rechts ableiten und geltend machen.⁵⁹ Mit der Billigkeit ist aber „ein Recht vorgestellt, das sich als Appell wirklich-einzelter Subjektivität an die abstrakte Allgemeinheit des Gesetzes wendet. Sie ist ein wirkliches Recht, wenn auch ‚unvollkommen‘, [...].“⁶⁰ Auf die Gnade bezogen könnte man sagen: Mit dem Antrag auf Begnadigung wendet sich ein freies Subjekt an den Repräsentanten des Allgemeinen und macht geltend, dass seine besondere Lebenswirklichkeit insofern vom allgemeingesetzlich Vorhergesenen abweicht, als in seinem Fall die strikte Anwendung des allgemeinen (Straf-)Gesetzes gerade zur größten Ungerechtigkeit führen würde.

Es ist nun kein Zufall, dass eine solche Befugnis gerade dem Staatsoberhaupt und nicht etwa dem Gesetzgeber, der sonstigen Exekutive, dem Richter oder gar dem durch das Unrecht Verletzten (d.h. dem Opfer der Straftat) eingeräumt wird. Der Gesetzgeber schafft dem allgemeinen Willen des Volkes gemäßige Gesetze, die Exekutive vollzieht eben diese Gesetze, notfalls durch Zwang; und der Richter ist bei seiner Tätigkeit ebenfalls an die Allgemeinheit der Gesetze gebunden; seine Aufgabe ist die Subsumtion des Einzelfalles unter das allgemeine Gesetz und eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits (Urteilstätigkeit). Rechtssubjekte, die im Verhältnis der Gleichordnung zueinanderstehen, können untereinander allenfalls Billigkeit walten lassen (z.B. wenn der Schuldner trotz eines Rechts zur Leistungsverweigerung doch zahlt), keinesfalls aber Gnade.

Das Staatsoberhaupt ist nun aber diejenige Instanz im Staat, die das Recht als Ganzes, das Allgemeine repräsentiert. Innerhalb der Gewaltentrias steht es an der Spitze der Exeku-

tive, ist also oberste Instanz in der Ausübung staatlicher Gewalt dem Gesetz gemäß.⁶¹ Daraus folgt, dass über ihm nicht eine noch höhere Instanz der ausübenden Gewalt steht, die sie bei der Ausübung ihrer Befugnisse in die eine oder andere Richtung zwingen könnte.⁶²

Zum nicht erzwingbaren Gnadenakt ist also gerade diejenige Stelle im Staat befugt, die ihrerseits zu nichts gezwungen werden kann. Bei der Ausübung dieser Befugnis ist sie nicht an striktes Recht, wohl aber an ein Recht im weiteren Sinn gebunden. Sie selbst ist kein Rechtsgericht, das zwangsbewehrtes Recht im konkreten Rechtsspruch anwendet, sondern Gewissensgericht, das größtes Unrecht zu verhindern hat.

IV. Ansatz zur Begründung des Gnadenakts

Gnade ist eine Ausnahme zu dem Erfordernis einer allgemein gleichen Ausübung von Strafgesetzlichkeit. Sie ist insofern prinzipienlos, als die Voraussetzungen ihrer Ausübung nicht allgemeingesetzlich festgelegt werden können und die Anwendung auf den Einzelfall deshalb nicht von einem allgemeinen Gesetz vernunftschlüssig abgeleitet werden kann. Ihre Ausübung ist keine typische Tätigkeit eines Richters, sondern etwas prinzipiell anderes. Aber obwohl die Gnade prinzipienlos ist, ist sie nicht bindungslos. Ihre Richtigkeit erschließt sich aus einer übergeordneten Form der Gerechtigkeit, die nicht striktes, erzwingbares Recht, aber überhaupt Recht ist; „Billigkeit“ ist dafür ein ideengeschichtlich hinreichend geformter Begriff.⁶³

Der Grund für die berechtigte Existenz einer solchen Gnadenbefugnis liegt darin, dass im menschlichen Zusammenleben freier Rechtssubjekte in einer Rechtsgemeinschaft, die sich als „Reich der verwirklichten Freiheit“ begreift, der Einzelne auch als verurteilter Straftäter seine Besonderheit gegen das Allgemeine muss geltend machen können. Dass die dem Recht immanente Allgemeingesetzlichkeit und Typizität in Einzelfällen der Anwendung zu unbilligen Härten führen kann, ist auch allen Mitbegründern des Rechts (den mündigen Bürgern des Staates, die durch das demokratische Verfahren an der allgemeinen Gesetzgebung beteiligt und insofern Miturheber sind) einsichtig. Das Institut der Gnade ist dann angebunden an und gerechtfertigt vor der Autonomie der

⁶¹ Zur Stellung des Bundespräsidenten im deutschen Verfassungsstaat vgl. *Herzog*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Werkstand: 107. Lfg. März 2025, Art. 54 Rn. 7 (54. Lfg., Stand: Januar 2009).

⁶² Zu diesem Grundgedanken vgl. *Kant*, (Fn. 26), § 49, A 171, B 201.

⁶³ So auch das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung von 1969: „Das Begnadigungsrecht erfüllt nur noch die Funktion, Härten des Gesetzes, etwaige Irrtümer der Urteilsfindung sowie Unbilligkeiten bei nachträglich veränderten allgemeinen oder persönlichen Verhältnissen auszugleichen. So wird es von der Allgemeinheit verstanden und für notwendig gehalten.“ (NJW 1969, 1895). Ebenfalls auf Billigkeit im Einzelfall abststellend *Nestler*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2024, § 452 Rn 5.

⁵⁸ Ebenda, AB 39, 40.

⁵⁹ So auch BVerfG NJW 1969, 1895 ff.

⁶⁰ Honrath, Die Wirklichkeit der Freiheit im Staat bei Kant, 2011, S. 304.

einzelnen Rechtsgenossen; sie selbst können erkennen, dass das Institut der Begnadigung als Realisationspunkt ausnahmsweise Einzelfallgerechtigkeit notwendig ist, aber nicht im Einzelnen in seinen materiellen Voraussetzungen allgemein-verbindlich und abstrakt festgelegt werden kann, sondern eben nur in seinem Gedanken der Billigkeit, nach dem das „strenge Recht“ das „größte Unrecht“ darstellen kann.⁶⁴ Sein Maßstab wäre dann das Recht und nicht außerrechtliche Erwägungen; sein Korrektiv wäre, ob es in seiner konkret ausgeübten Form noch vom allgemeinen Willen gedeckt sein kann. Eine Ausübung des Gnadenrechts aus bloßer Willkür oder rein subjektivem Gutdünken, etwa aus religiösen, politischen oder ideologischen Motiven („Staatsräson“), wäre nicht zu rechtfertigen, genauso wenig wie Begnadigungen, die bloß aus Kapazitätsgründen (z.B. überfüllter Strafvollzug) oder nur aufgrund überkommener Traditionen (z.B. bei hohen Feiertagen, so genannte „Weihnachtsbegnadigungen“) ausgesprochen werden. Wenn die konkrete Gnadenentscheidung unter keinem Gesichtspunkt mehr als Korrektur der dem Recht anhaftenden Schwäche, seiner allgemein-abstrakten Form (die sonst eben gerade seine Stärke ist), für einen einzelnen Fall gelten kann, dann liegt nicht gerechte Gnade, sondern bloße Machtausübung vor.

⁶⁴ Vgl. Kant (Fn. 26), Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, I, AB 40.