

MAX PLANCK INSTITUTE FOR
SOCIAL ANTHROPOLOGY
WORKING PAPERS



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

WORKING PAPER No. 186

SEBASTIAN SCHWAB

GNADEN NEU DENKEN.
DER BEGRIFF DER
GNADEN UNTER
DEM DEUTSCHEN
GRUNDGESETZ

Halle/Saale 2017
ISSN 1615-4568

Max Planck Institute for Social Anthropology, PO Box 110351,
06017 Halle/Saale, Phone: +49 (0)345 2927-0, Fax: +49 (0)345 2927-402,
<http://www.eth.mpg.de>, e-mail: workingpaper@eth.mpg.de

Gnade neu denken. Der Begriff der Gnade unter dem deutschen Grundgesetz¹

Sebastian Schwab²

Abstract

Das Begnadigungsrecht, obwohl nicht nur international in vielen Staaten vorgesehen und auch im deutschen Grundgesetz und den Landesverfassungen verankert, scheint mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung ein Fremdkörper geblieben zu sein. Vorliegend wird die Gnade jedoch in ein Kontinuum von Handlungsformen des Staates eingeordnet, um den Grundrechten und der Menschenwürde Rechnung zu tragen. Diese Einordnung begründet den Vorrang der Anwendung des Rechts vor der Gnade, aber auch strukturelle Besonderheiten der Gnade, insbesondere im Hinblick auf den Mangel von materiell-rechtlichen Maßstäben. Aus dem vertretenen Konzept erschließt sich aber auch ein Geltungsgrund für die Gnade, der nicht wie früher auf ein religiöses Konzept anknüpft. Als Geltungsgrund der Gnade im säkularen Staat wird Würde, wie sie in Art. 1 Abs. 1 GG verankert ist, identifiziert. Dass Gnade diesem Geltungsgrund gerecht wird, geschieht insbesondere durch Verfahrensvorschriften.

¹ Dieses Paper geht zurück auf meine Arbeit in der Arbeitsgruppe „The (State) Law and its Limits“ des Gesellschaftswissenschaftlichen Kollegs der Studienstiftung des deutschen Volkes, welche durch Marie-Claire Foblets, Armin Höland und Dirk Hanschel geleitet wurde. Zu größtem Dank verpflichtet bin ich ferner Hans-Michael Heinig, mit dem ich zuerst über das Thema sprach, und Hendrik Munsonius, der geduldig mit mir immer wieder neue Fassungen diskutierte, sowie Dittmar Schorkowitz für seine wertvollen Anmerkungen.

² Sebastian Schwab ist Student der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und zur Zeit studentische Hilfskraft am Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, Tel.: 0151 1240 1608; e-mail: sebastian.schwab@jura.uni-goettingen.de.

Editorial Note

It is not customary to write an editorial note to a working paper. In this instance, however, it seems justified, and for two reasons. On the one hand, unlike most of the working papers published under the auspices of the Institute, this one is not in English, and on the other hand, it is the fruit of a programme that was not organized by the Institute itself, but was a related initiative in which I was closely involved for two years. I will focus here on the second of these reasons, which also explains the genesis of this publication.

The author, Sebastian Schwab, participated in a two-year training programme, from March 2015 to March 2017, offered by the Studienstiftung des deutschen Volkes. The latter provides thematic programmes spread across four academic terms, with a view to enabling university students from all over Germany to participate in an in-depth interdisciplinary programme dealing with a pre-set topic determined by the foundation. Students can choose their preferred topic among those offered by the foundation. In their application for one of those topics, students not only express their interest in that area but also undertake to engage actively over two consecutive years in a total of four intense weeks of classes and discussions on the topic, with the aim of expanding their intellectual horizons through an encounter with questions and analyses that they do not necessarily have a chance to study in the course of their university programme. Competition for admission is very tight, and students are selected based on their profile and their motivation.

So it was that I came to know Sebastian Schwab, who at the time was a law student at Göttingen and highly focused on the study of subjects relating to ecclesiastical law and to the relationship between religious laws and state law. He had registered for the programme titled “The (State) Law and its Limits” that I had the pleasure of leading, in collaboration with two colleagues, professors Armin Höland and Dirk Hanschel of the Law Faculty of the Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, our Institute’s local university partner.

By agreeing to offer a programme titled “The (State) Law and its Limits”, we sought to offer students the chance to reflect in greater detail on the (numerous) situations that illustrate how the positive law in force benefits from being seen not as an answer to all situations but, rather, as a set of rules and principles that are constantly evolving and at the same time less adaptable than certain other dynamic and profound changes affecting society. One could say that positive law lags behind society. This time lag is certainly a limitation, but given that this is reality, it is important to bear it in mind.

A striking illustration of how positive law in various European countries lags behind changes in society is the sharp increase in individualization. It is no exaggeration to say that this development has been veritably revolutionising positive law in the past few decades, in the sense that it ceaselessly tries to compel legislators in much of the world, and especially in democratic societies, to revise the legal rules in order to allow each person individually to become ever more manifestly the master of his or her own life and to enjoy protection for their self-determination. Whether one looks at the diversification of modes of family life, the weakening of rules governing the dissolution of conjugal life, the use of medically assisted reproduction and/or surrogate motherhood, the protection of the physical integrity of individuals, the introduction of the principle of reasonable accommodation into efforts to fight indirect discrimination, etc., in each case it took pressure on legislators for positive law to be modified: legal challenges, solidarity campaigns, media actions, etc.

The slow pace at which positive law adapts to certain changes within society is undoubtedly a limitation, but one that can be understood in different ways. The first is to affirm that it is best that positive law not be too flexible; before changing the rules, it is important to take time to give due consideration to the risks of a change in legislation, and to weigh the various interests at stake. Law benefits from being stable, as that is what gives it its protective dimension. But there is also another way to see things, namely, to regret that in many situations as they present themselves in people's daily lives, the response of the law is essentially conservative. It often happens that it is protective of values and principles that do not (yet) offer the guarantees needed to allow individuals, in a given situation, to organize their own lives for the best with the support of the law. There are numerous illustrations of the way in which the positive law of the majority of European countries has been slow to relax the rules that govern peoples' life, access to divorce is just one example. Another illustration is the debate which, today, is focused in many countries on the abandonment of heterosexuality as the principle that validates marriage. A third illustration is the hesitation of the legislative authorities, in several countries in Europe, as regards whether the law should regulate surrogacy, and if so, how.

The fact that positive law is slow to change is not, however, the only scenario that can serve to illustrate and study the limits of the law. The limits of the law are also discernible from the existence of numerous areas of social life which, for the purposes of smooth internal operation require that positive law not become involved: family life, membership in associations and generally all forms of relationship based on confidence and mutual respect benefit if positive law is not directly involved. The limits of the law, understood as a certain reserve about intervening, are not to be seen in that case as a problem but, on the contrary, as the guarantor of that confidence. The numerous anthropological studies that have in the past half-century examined law in the context of legal pluralism are in a sense but the confirmation of the observation that in every human society, small or large, life is regulated simultaneously in different ways. The lives of people are governed at one and the same time by several normative spheres, each adopting the rules that enable it to function optimally and, unless they contravene public order (that is, certain basic principles including the protection of the individual's fundamental rights and freedoms) can coexist perfectly harmoniously alongside a state's positive law. A person can simultaneously be a citizen of a country, a member of a religious community, a fervent adherent to an environmental movement, and identify as a member of a linguistic or ethnic minority. Depending on the situations and the social relations that a person engages in, different rules of behaviour will apply. Variation in normative regimes very often takes place almost automatically, as a person 'juggles' the different normative registers that apply according to the context and the intensity of the commitments he or she undertakes. Positive law plays a role in the background, serving to guarantee certain principles of protection, but most of the time it will be limited to that role. The limits of the law are thus also to be seen as a strength, ensuring that the law of the State can intervene in those situations where it is required to do so. One could thus speak of the law's self-limitation.

To study the limits of the law, Sebastian Schwab examined the power of pardon, namely, the intervention of a head of state that is associated with the exercise of 'regalian rights' which in effect serves as a system of social regulation. Schwab is interested in the particular features of this form of pardon and asks how it should be viewed. Should it be considered a legal anachronism that ought to be abolished in modern times? Who would stand to gain from its abolition? Or,

conversely, should it be seen as a traditional prerogative of a head of state, one that admittedly is the legacy of a distant past and can be seen – at first glance – as an infringement of the separation of powers, but which in certain circumstances is justified in the light of a purpose that cannot be attained by any other means? The light Schwab sheds on the power of pardon is a nuanced one that offers various analytical paths and sets out several ways to evaluate the exercise of the power of pardon as well as its limits.

How should we understand the power of pardon in a contemporary context? Of very ancient origin, the power of pardon is often the subject of criticism today. The thesis that Schwab advances is that for it to be maintained, the exercise of the power of pardon must be reserved to situations that require a means that makes it possible to overcome certain limits in the way the (positive) law would be applied in a given situation; to do so, this power must remain exceptional and discretionary while also subject to certain predefined rules of procedure.

An ancient institution, inherited from an era when the king was accountable for his actions before God alone, from whom he received his power to dispense mercy as well as punishment, the power of pardon today is often linked to the notion of amnesty, if only because both institutions have as their vocation to be applied in situations where positive law does not provide appropriate answers. Unlike amnesty, a measure that has been widely studied in recent years in the context of work on transitional justice, the power of pardon has not (yet) met with comparable interest among scholars, with the exception of course of legal historians, for reasons linked to their fields of study.³

Both the power of pardon and amnesty are to be seen as measures of clemency and are accepted to this day in the vast majority of countries. Amnesty results from a law that provides that certain actions that constitute infringements committed before a given date will be deemed retroactively to have lost their criminal quality and therefore can no longer give rise to criminal proceedings or, if a sentence has already been handed down, the latter can no longer be executed. An amnesty makes it possible for a society to make a fresh start after a highly turbulent period. It is an impersonal measure and is aimed first and foremost at a specific set of infringements, and does not depend on the individual who committed them.⁴ It constitutes a means of appeasing situations of serious political and social tensions that in many cases gave rise to extreme acts of violence. The purpose of an amnesty is to move beyond a period of serious unrest and of infractions or even crimes committed in the course of it, so as not to impede the restoration of peace. In this sense, amnesty can be seen as a tool of transitional justice; this explains why many scholars who today are looking at the process of re-establishment of peace between communities and groups that had been engaged in violent conflict, are also interested in studying various concrete cases of amnesty both in the contemporary era and throughout (a more or less distant) history.

Pardon, by contrast, is to be seen as a favour granted on an individual basis; it has, though history, allowed in specific cases to correct the harshness of criminal law by liberating guilty parties from the punishment that, without such a pardon, they would have had to undergo.⁵ Since pardon is the prerogative of a head of state, be that a president of a country or a king, in the case of monarchies, it “(...) is an individual act that is ill-suited to the distinctive character of the legislative

³ See especially: Jacob, Robert (ed.). 2006. *Le juge et le jugement dans les sociétés européennes*. Paris: LGDJ.

⁴ It sometimes happens, however, that amnesty is not granted equally to all, and takes on a more personal character.

⁵ Hilaire, Jean. 1992. *Le Roi et Nous. Procédure et genèse de l'Etat aux XIIIe et XIVe siècles. Histoire de la Justice* 5: 3–18.

bodies”, wrote A. Esmein as early as 1906.⁶ This prerogative enables the head of state, by virtue of an act of pardon, to reverse a court decision. Amnesty is not subject to the same critique as that levelled against pardons, since the former is a measure that is taken, as a matter of principle, at the initiative of the legislative power. It is that same power that enacts criminal law and that, where warranted, decides to neutralize it.

There should be no mistake, however: the distinction between these two institutions is not as clear as it might seem at first glance. Today, both pardon and amnesty are being assigned new functions. There is the practice of collective pardon, for example, being granted on the national holiday or on a particular occasion such as the accession to the throne of a new monarch, which consists of releasing a group of detainees from a certain number of days of incarceration. Such measures, however, risk turning a pardon into a means of managing overcrowding in prisons, which effectively diverts the practice from its original role and historical foundation. In France, for example, before being prohibited by the constitutional law of 23 July 2008, the custom of issuing collective pardons after a presidential election meant that it lost its exceptional character. It also sometimes happens that amnesty is conditional upon the payment of a fine or fines.

These contemporary forms of both pardon and amnesty may be regrettable, both it remains the case that provided they do not become stratagems of a demagogic nature, they can perfectly easily maintain their historic role, namely, that of exceptional measures of clemency and, in the case of pardons, to serve as a tool of criminal policy. According to Stéphanie Fournier, the power of pardon can perfectly well

“(…) maintain a complementary role and remain the ultimate way to individualize the penal response when other mechanisms have failed, or have not yet been able to apply (for example, where it makes it possible to anticipate recourse to judicial review). Moreover, generally speaking it (...) constitutes a means of correcting what may be excessive severity on the part of the law or of a judge.”⁷

Schwab draws the latter conclusion.

It is worth calling to mind the recent French case, widely debated in the media, of the pardon of Ms Jacqueline Sauvage. Ms Sauvage had been sentenced to ten years in prison for the murder of her husband. She was pardoned twice. First, from preliminary detention, in order to allow her to submit an application for bail. The decision to release her only from preliminary detention was intended to allow the president (President Hollande, at the time) to continue to speak of “respect for judicial authority”, leaving it to the courts to organize Ms Sauvage’s release on bail, in accordance with existing procedures. When, a few months later, Ms Sauvage was eligible for release, her liberation was rejected by the sentencing court on grounds that she had failed to take personal responsibility for the serious acts she had committed. It should be remembered that Ms Sauvage had enjoyed significant support from the French public; her support committee, denouncing the many acts of violence committed against women within the privacy of their own homes, argued that she had killed her husband as an act of legitimate self-defence. That argument was rejected by

⁶ Esmein, Adhémar 1906. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Librairie Sirey; cited by: Mathieu, Bertrand. 2004. Président de la République. In: Loïc Cadiet (ed.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: PUF, p. 1016.

⁷ Stéphanie Fournier. 2003. Amnistie et grâce. In: Denis Alland and Stéphane Rials (eds.). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Quadrige, Lamy-PUF, p. 46.

the court, and a debate ensued on the extension of legitimate defence to cases of prolonged violence. This context, which considered Jacqueline Sauvage a victim of unjust laws or even of a heartless judicial system and, by the same token, an icon of the struggle against conjugal violence, did not favour an admission of guilt but on the contrary led people to think of her action as justified. The result was that the court rejected the request. The Paris Court of Appeals upheld that decision on 24 November 2016. Ms Sauvage's children wrote to the president on 2 December 2016. President Hollande turned the case over to the minister of justice on 9 December 2016 and signed a second decree of pardon on 28 December 2016. Ms Sauvage was released just a few hours after the Presidency had announced its decision. The judicial authorities in France were highly critical of the decision, considering that this 'full' pardon was intended expressly to overturn a decision handed down by the sentencing judges.⁸ The decision was also criticised by those who noted that it came shortly before the start of the French presidential election campaign of 2017 which called for the complete abolition of the power of pardon.

Opinion is divided, but although the critics of the power of pardon are numerous, and some go as far as calling for its abolition, a majority agrees that it should be retained but used in exceptional cases only, as was the original intention.

The analysis provided by Sebastian Schwab has been set out with a keen sense of nuance, concentrating on the power of pardon as a measure of clemency, as is still the case in German positive law. At the same time, he does not avoid addressing the many challenges to maintaining an institution whose origins in Europe go back to the era of royal pardons. For the anthropologist, who is interested in the functioning of various specific systems of social regulation across human societies, Schwab's analysis of the questions raised today by the continued practice of the pardon is most interesting. Not only does it reveal the subtlety and importance of the arguments in favour of maintaining the practice of pardon, but attests to the ardour with which a legal scholar who is a specialist in German law commits himself to studying an exceptional measure on the grounds that it can in some cases allow for justice to be done where other options have failed, and thus to correct the rigours – the limits – of criminal law.

Marie-Claire Foblets

⁸ Jacquin, Jean-Baptiste. 2016. La grâce de Jacqueline Sauvage irrite les magistrats. *Le Monde*, 29 December 2016.

Hinführung und Bestandsaufnahme

Von Zeit zu Zeit drängen sich scheinbar veraltete Begriffe in unser Bewusstsein. So im Jahr 2003, als der verurteilte RAF-Terrorist Christian Klar beim Bundespräsidenten Johannes Rau ein Gnadengesuch einreichte, welches knapp vier Jahre später durch dessen Nachfolger Horst Köhler abgelehnt wurde (faz.net 2007; Deiß 2008: 40; Rath 2008). Gnade – und damit auch das Begnadigungsrecht nach Art. 60 Abs. 2 GG – erregt Anstoß. Bei ihrer Ausübung berühren und überschreiten wir Grenzen des Rechts. Das weckt Unbehagen.

Darum wurde bereits darüber nachgedacht, inwiefern nicht auch die Gnade rechtlichen Erwägungen unterliege (mit unterschiedlichen Ergebnissen Mickisch 1996: 41 ff.; Böllhoff 2012: 58 ff.; Kakies 1963: 56 ff.), oder es sich nicht vielleicht nur um eine in der Vergangenheit eher mystifizierte Form des Ermessens handle (Kakies 1963: 62; Maurer 2010: § 8 Rn. 13). Auch eine Abschaffung des Instituts wurde bereits gefordert (Schneider 1991: 104; Klein 2001: 113; Waldhoff 2014: 148; Huba 1990: 117).

Die Frage nach der Gnade hat dabei nicht nur eine juristische Dimension, sondern auch eine anthropologische. Denn Gnade widerfährt von jeher Menschen. Ihrer Anwendung liegt eine Vorstellung von Mensch und Herrschaft zugrunde: Der Mensch vor Gott, dem Gnade in einem christlichen Sinne zugesprochen wird; der mittelalterliche Herrscher, der auf der Grundlage der Vorstellung der Herrschaftslegitimation durch Gottesgnadentum diese „Gnade vor Recht“ ergehen lässt; der Herrscher in der Vorstellung Luthers, der dem Untertanen aus einer christlichen Motivation heraus eine Änderung des weltlichen Standes gewährt als eine Art Vorgeschmack auf das zukünftige Reich Gottes; aber auch in säkularen Zeiten blieb die Begnadigung dem Herrscher vorbehalten – zur Manifestation und Darstellung von Herrschaft, aus praktischen Bedürfnissen oder historischer Überlieferung. Zu früheren Zeiten war Gnade also eng rückgebunden an eine Vorstellung, was der Mensch sei und wie Herrschaft verübt werde.

Ausgehend von diesen sehr alten Gedanken lassen sich auch für unsere säkulare Ordnung wertvolle Schlüsse für ein zeitgemäßes Verständnis des grundgesetzlichen Gnadenbegriffes ziehen. Menschen und Recht stehen zueinander im Verhältnis. Gleichwohl lässt sich schon aus den Entwürfen zum Grundgesetz ablesen, dass diese Verhältnisbestimmung eine eigengeartete ist. Als im Jahr 1948 Entsandte der deutschen Länder im Schloss Herrenchiemsee zusammentraten, formulierten sie als ersten Absatz des ersten Artikels ihres Verfassungsentwurfs, der zur Grundlage des späteren Grundgesetzes werden sollte: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ Darin spiegelt sich eine besondere Vorstellung einer Ordnung, wie ein Staat und sein Recht verfasst sein mögen. Diese Vorstellung fußt auf einem bestimmten Menschenbild. Ausgehend von diesem Menschenbild und dieser Zielbestimmung für die Verfasstheit einer staatlichen Ordnung kann auch unter einer anthropologischen Perspektive die Funktion der Gnade diskutiert und bestimmt werden. Bei Zugrundelegung dieses Menschenbildes werden Grenzen des Rechts sichtbar. Im Folgenden werde ich aufzeigen, welche vermittelnde Stellung der Gnade zukommt, dieser Anthropologie des Herrenchiemseer Entwurfs, die im Grundgesetz ihren deutlichen Niederschlag findet, in der Gestaltung einer staatlichen Ordnung Ausdruck zu verleihen.

Dieser Text stellt Fragen und möchte Antworten geben: Was ist Gnade? Wozu dient sie? Wie „funktioniert“ sie? Was ist ihr Geltungsgrund? Und: Wie kann gesichert werden, dass sie nicht missbraucht wird, sondern auch tatsächlich ihrer Funktion gerecht wird?

Geschichtlicher Abriss

In modernen westlichen Verfassungen ist das Begnadigungsrecht, zumeist des Staatsoberhauptes, nichts Ungewöhnliches (Dimoulis 1996).

Im Grundgesetz und den Landesverfassungen ist das Begnadigungsrecht verbürgt.⁹ Dort wirkt es fremd und deplatziert. Historisch ist aber nicht die Gnade auf das Recht aufgepfropft, sondern das Recht hat die Gnade überformt – im weltlichen Recht bis auf das Begnadigungsrecht vollständig.

Der mittelalterliche Herrscher, von Gottes Gnaden eingesetzt, kennt zwar Gesetze und Erlasse, jedoch werden alle Fälle unter zumindest formeller Rückbindung an Gottes Wort und Willen gelöst (Geerds 1985: Sp. 613). Barmherzigkeit und Mitleid stellen geeignete Motivationen des Herrschers zur Machtausübung dar und grenzen sich dadurch vom boshafte Vorgehen eines Tyrannen ab, das pejorativ als willkürlich abgetan wird. Schon damals spielt die Gnade insbesondere bei der Vollstreckung von Urteilen gegen Straftäter eine wichtige Rolle.

Das Verhältnis von Recht und Gnade wird mit Luthers Zwei-Reiche-Lehre neu justiert. Der Herrscher übt das weltliche Regiment mit all seinen Gewaltrechten aus, untersteht als guter Christ¹⁰ aber selbst dem geistlichen Regiment (Herms 1994: 728), in dem *sine vi sed verbo* (d.h. ohne Gewalt, sondern durch das Wort) regiert wird (Anselm 2004: 779). Begnadigt zu werden, bedeutet für Angehörige des weltlichen Regiments zwar zunächst eine Änderung des äußerlichen Standes, ist mithin ein weltliches Ding, bietet aber nicht nur rhetorisch einen Vorgeschmack auf die Regierweise des geistlichen Regiments: Denn das weltliche Regiment ist an Gott rückgebunden und in den weiteren Horizont des geistlichen Regiments eingebunden, sodass die Begnadigung einen „geistlichen Überschuss“ aufweist, indem auf die Regierweisen von Zwang und Macht verzichtet wird. Durch die Unterscheidung zwischen den Regimenten wird auch die Gnade deutlich vom Recht getrennt, als dass sie nicht logische Fortsetzung des Rechts, sondern „etwas Anderes“ ist.

Im Absolutismus lebt die Einheit von Gnade und Recht neu auf. Der absolutistische, sakrosankte Monarch kennt nur Gnade, stellenweise wohl eher Willkür. Alle Macht geht von ihm aus, es steht ihm frei, jede Causa an sich zu ziehen und selbst durch höchsten Richterspruch zu entscheiden (Grewe 1936: 34). Nach diesen Erfahrungen beschlossen die französischen Girondisten die Abschaffung des Begnadigungsrechts am 4. Juni 1791. Die Regelung hatte nicht lange Bestand: Am 4. August 1802 wurde das Begnadigungsrecht wieder den Ersten Konsuln zugestanden – seinerzeit Napoléon Bonaparte (Grewe 1936: 33; Schätzler 1992: 3). Mit dem Konstitutionalismus und der Einhegung des Monarchen endete das Zeitalter der Gnade¹¹ Immer stärker wurden Sachverhalte verrechtlicht, sodass sich die Gnade darauf zurück zog, fortan nur noch Straftätern Freiheit oder zumindest Erleichterung der Haftbedingungen zu bringen, obgleich die Strafe noch nicht abgesehen war oder die Erleichterung eigentlich nicht verlangt werden konnte. Auch der

⁹ Beispielsweise in Art. 60 Abs. 2 GG; Art. 36 Abs. 1 Verf.NI; Art. 109 Abs. 1 S. 1 Verf.HE; Art. 47 Abs. 4 Verf.BY; Art. 103 Abs. 1 Verf.RP; Art. 67 Abs. 1 Verf.SN; Art. 81 S. 1 Verf.BE.

¹⁰ Vgl. Confessio Augustana Art. 16.

¹¹ Dieser Bedeutungsrückgang wurde bereits prognostiziert in Montesquieu 1748, Buch VI, Kapitel XXI: „La clémence est la qualité distinctive des monarques. Dans la république, où l'on a pour principe la vertu, elle est moins nécessaire.“ Interessant ist gleichzeitig, dass er, obwohl er Gnade gegen Tugend stellt – anders als viele zeitgenössische Autoren, den Anwendungsbereich nur schwinden, nicht aber entfallen sah.

Missbrauch des Begnadigungsrechtes im Nationalsozialismus¹² hat nicht zur neuerlichen Abschaffung des Instituts geführt. Noch vor Gründung der Bundesrepublik begannen die Westalliierten, NS-Kriegsverbrecher zu begnadigen. Anfang der fünfziger Jahre institutionalisierten sie die Gnadenausübung durch die Einrichtung eigener Ausschüsse (Lessmann 2003).

Zahlen und Normbestand

Mit Blick auf die Entwicklung des Straf- und Strafvollzugsrechtes ist festzuhalten, dass viele heutige Vorschriften auf typische Gnadenfälle zurückgehen, insbesondere Bewährung und Häftlingsurlaub waren früher Domänen des Begnadigungsrechts (Schätzler 1992: 141 f.; Waldhoff 2014: 146; Radbruch 1932: 173; Kodalle 2011: 415; Holste 2003: 742). Wen braucht dann aber Gnade heute überhaupt noch zu interessieren? Trotz dieser sinnvollen Umwandlungen in geschriebenes Recht, das diese Fälle ausdrücklich regelt, also „positiviert“, wird weiterhin Gnade geübt: So wurden 1998 in Nordrhein-Westfalen 4.942 Gnadenverfahren erledigt (davon 16,8% positiv beschieden), im selben Jahr bearbeiteten die rheinland-pfälzischen Behörden 1.700 Verfahren, die sogar zu 45,8% erfolgreich waren (Meier 2000: 52). Dreizehn Jahre später, im Jahr 2011, hat sich die Zahl der Gnadenverfahren mehr als halbiert. In jenem Jahr wurden in Nordrhein-Westfalen nur noch 2.067 Verfahren erledigt. Der Anteil der stattgebenden Entscheidungen betrug auch nur noch 10,8% (Harden 2014: 86 f.). Wie später noch zu zeigen sein wird, hat das Begnadigungsrecht Ausnahmecharakter, sodass ein Rückgang der Gesuche und Bewilligungen, der der Nachbesserung von Strafvollzugsgesetzen zu schulden ist, nicht ohne Weiteres ein völliges Verschwinden oder eine Überflüssigkeit des Instituts bedeutet.

Dem trägt auch der Umstand Rechnung, dass die Länder der Bundesrepublik Gnadenordnungen erlassen haben,¹³ die das Gnadenverfahren umfänglich regeln. Sie betten die Begnadigung in die Verwaltungen und deren Verfahren ein, jedoch ohne Aussagen zu treffen, wann Gnade zu üben und wann zu versagen ist. Dennoch lassen sich aus den die eigentliche Gnadenentscheidung umrahmenden Vorgaben gewisse Vorverständnisse der Gnade explizit oder implizit ableiten. Im Folgenden ziehe ich dafür stellvertretend die Gnadenordnung von Rheinland-Pfalz (GnO.RP) heran, die Erkenntnisse lassen sich jedoch ohne größere Mühe auf die anderen Länder übertragen.

Auch das bundespräsidiale Begnadigungsrecht aus Artikel 60 des deutschen Grundgesetzes erschöpft sich nicht in der Causa Klar. So traf Roman Herzog in seiner Amtszeit 21 Gnadenentscheidungen, sein Vorgänger Richard Frhr. v. Weizsäcker sogar 40, einer der Nachfolger Herzogs, Horst Köhler, traf jedoch nur drei Gnadenentscheidungen in Strafsachen – wozu das Ersuchen Christian Klars gehörte (Reimer in Kahl, Waldhoff und Walter 2016: Art. 60 Rn. 72). Dieser Rückgang ist dem Ende des Kalten Krieges und der damit einhergehenden Abnahme der Verurteilung wegen Landesverrats und der regulären Haftentlassung vieler Linksterroristen der 1970er Jahre geschuldet (Pieper 2014: 130).

Auch über Deutschland hinaus ist das Begnadigungsrecht zu großen Debatten und medialer Berichterstattung geeignet (Deiß 2008). Ein Beispiel aus Frankreich ist der Fall der Jacqueline

¹² Denn nichts anderes ist es, wenn E.R. Huber schreibt: „Das Gnadenrecht ist im nationalsozialistischen Verfassungsrecht wieder zur vollen Bedeutung erwachsen. Die oberste Gerichtsherrlichkeit des Führers bedeutet nicht, dass er sich willkürlich in die Rechtsprechung selbst einmischt, sondern dass er die unabhängigen Gerichte einsetzt, mit ihrer Aufgabe betraut und in ihrer Tätigkeit schützt. [...] Die Begnadigung und Niederschlagung sind rechtschaffende Führerakte im Bereich der Rechtspflege. In ihnen tritt die oberste Gerichtsgewalt des Führers sinnfällig hervor.“ (Huber 1939: 281).

¹³ Alle rechtserheblichen Texte einschließlich der Gnadenordnungen nachlesbar bei Birkhoff und Lemke 2012: 202 ff.

Sauvage. In einer Konstellation, die gemeinhin als „Haustyrannen-Mord“ im deutschen Strafrecht bekannt ist, tötete sie ihren Mann, der sie und ihre Töchter 47 Jahre lang misshandelt haben soll, und wurde unter dem Druck einer Petition mit fast 400.000 Unterschriften durch den französischen Staatspräsidenten begnadigt (lemonde.fr 2016c).

Gnade ist also noch immer relevant und vermag es, Menschen umzutreiben und Debatten zu entfachen. Diese Umstände gebieten, näher hinzusehen, was es mit der Gnade auf sich hat.

Die Leitentscheidung

Die traditionelle Abgrenzung vom Recht zur Gnade verläuft über die Frage der Justiziabilität (Schulze-Fielitz 2006: Sp. 886 f.): Während Gnade ihrer entbehre, zeichne sie das Recht aus. Rechtliche Entscheidungen seien gerichtlich nachprüfbar, also justizabel, die Gnadenentscheidungen seien hingegen einer gerichtlichen Bewertung entzogen und an das Charisma des Gnadenträgers gebunden. Quelle und Begründung dieses traditionellen Gnadenverständnisses ist in besonderer Weise die christliche Vorprägung des Instituts durch das Gottesgnadentum und die christliche Gnaden Theorie.

Doch dieses traditionelle Gnadenverständnis befindet sich in schwierigem Fahrwasser. Die schwindende persönliche Bindung der Gnade an den Gnadenträger in der Realität ist hinlänglich bekannt: Nicht mehr der Ministerpräsident, sondern oftmals untere Instanzen des Justizapparates begnadigen (Böllhoff 2012: 74 ff.; BVerfGE 25, 352 [366]). Das Charisma ist also nicht mehr tragfähig. Zudem können sich immer weniger Menschen mit einem christlichen Verständnis eines Elements des staatlichen Rechts anfreunden.

Und überdies rüttelte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1969 an der Unterscheidung, dass Recht justizabel sei und Gnade eben gerade nicht (BVerfGE 25, 352; schon zuvor König 1961: 173; Kakies 1963: 56 ff., dagegen Böllhoff 2012: 66; Wussow 1989: 111; Merten 1978: 82; Klein 1950: 111). Dies ist die Leitentscheidung zum Verständnis der Gnade im Rechtssystem der Bundesrepublik.

Der wegen Betrugs zu einer geringen Freiheitsstrafe verurteilte Beschwerdeführer hatte ein Gnadengesuch eingereicht, welches die Generalstaatsanwaltschaft als in Bayern ausführende Gnadeninstanz ablehnte. Das Gnadengesuch wurde auf Verlangen des Beschwerdeführers dann nochmals vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz bearbeitet und wiederum abgelehnt. Daraufhin klagte der Beschwerdeführer vor dem Verwaltungsgericht München, auf dass dieses die Behörde verpflichte, einen Gnadenakt nach Rechtsauffassung des Gerichts zu erlassen. Das Ermessen für den Erlass eines Gnadenakts sei durch die bayerischen Behörden missbraucht worden. Das Verwaltungsgericht München schloss sich der Meinung des Beschwerdeführers an, dass Gnadenentscheidungen gerichtlich nachprüfbar seien, verwies den Fall jedoch weiter an das Oberlandesgericht München, weil es einen Gnadenakt als einen sogenannten Justizverwaltungsakt ansah, für den es nicht zuständig sei. Das Oberlandesgericht hingegen verwarf die Klage als unzulässig, da auf einen Gnadenerweis aus seiner Natur heraus kein Rechtsanspruch bestehe.

Der Beschwerdeführer wandte sich daraufhin an das Bundesverfassungsgericht mit dem Argument, Barmherzigkeit und Wohlwollen als Grundlage der Gnade seien als irrationale Gnadenmotive mit einem Rechtsstaat unvereinbar. Vielmehr sei die Würdigung tragischer Konfliktsituationen eine Aufgabe der Findung des Rechts selbst, insbesondere da diese im Strafurteil angeblich oft nicht möglich sei.

In einer Vier-zu-Vier-Entscheidung wurde die Beschwerde als unbegründet verworfen und die Justiziabilität verneint, weil ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht durch Stimmgleichheit festgestellt werden kann (§ 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG). Das obsiegende Votum führt dafür an, der Grundgesetzgeber habe das Gnadeninstitut der Weimarer Reichsverfassung übernommen, welche es ihrerseits noch auf die Regelung im Kaiserreich zurückführen konnte.¹⁴ Dies sei ohne nähere Umschreibung oder Normierung geschehen, jedoch sei mit der Übertragung auf das demokratische Staatsoberhaupt jegliches irrationale Element aus der Gnade gewichen. Entgegen einer gängigen Rezeption ist damit keineswegs zwingend gemeint, dass beispielsweise Emotionen für das Bundesverfassungsgericht keinen Platz mehr in der Entscheidungsfindung hätten (so anstelle vieler Merten 1978: 67 f.); aber das Institut der Begnadigung diene nur noch dazu, Unbilligkeiten und Härten in den persönlichen oder allgemeinen Verhältnissen auszugleichen. Was Irrationalität für das Bundesverfassungsgericht meint, ist aus dem Kontext des Urteils zu erschließen; das Gericht trifft die Aussage, nachdem es darauf hinwies, Kaiser Wilhelm II. habe anlässlich seines 25. Regierungsjubiläums 24.000 Personen begnadigt. Die Irrationalität ist bei dieser Deutung nicht in der Anwesenheit von Emotionen zu erblicken, sondern in der Anknüpfung des Gnadenaktes an einen Umstand, der völlig außerhalb des eigentlichen Handlungssinns liegt: Angeknüpft wird nicht an die Person des Begnadigten oder Umstände, die in seiner Person begründet liegen, sondern an die Person des Gnadenträgers, um ein Symbol für Herrschaft und Machtfülle zu zeigen. Nur eine solche – nach einigen Stimmen „typisch[e] und wesentlich[e]“ (Dombois 1961: 173) – Vorgehensweise hat nach dieser Lesart der Entscheidung seine Berechtigung verloren.

Das Grundgesetz habe die „historisch überkommene Gestaltung des Begnadigungsrechts“ (BVerfGE 25, 352 [361]) beibehalten und knüpfe es in seiner unbedingten Übertragung nicht an bestimmte normative Voraussetzungen. Das „Gesamtgefüge des Grundgesetzes“ (BVerfGE 25, 352 [362]) zeige darum auf, dass eine gerichtliche Überprüfbarkeit aufgrund der Stellung außerhalb der modern-demokratischen Gewaltenordnung nicht stattfinden solle. Im Übrigen scheitere das angesichts der vielfältig denkbaren Motivationen an greifbaren Maßstäben. Die Ahndung etwaiger Missbräuche – beispielsweise Willkür – sei in die „politische Verantwortung der Verfassungsorgane“ (BVerfGE 25, 352 [363]) überantwortet.

Die dissentierenden Richter hingegen machten geltend, dass ein Gnadenakt – insbesondere ein an die normale Verwaltung delegierter – sich nicht nur nicht von einem gewöhnlichen Verwaltungsakt unterscheide, gegen den das Grundgesetz Rechtsschutz gebiete (BVerfGE 25, 352 [363 ff.]; ebenso Geerds 1985: Sp. 613; Maurer 2010: § 8 Rn. 29). Ziel jeder Gnadenentscheidung müsse die Erzielung „individueller Gerechtigkeit“ (BVerfGE 25, 352 [364]) sein. Dabei seien allein im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung befindliche, an der „im Grundgesetz im einzelnen konkretisierten“ (BVerfGE 25, 352 [364]) Gerechtigkeitsidee orientierte Motive zulässig.

Die Gnadenentscheidung stehe darum nicht außerhalb des Rechts, sondern leiste umgekehrt gerade einen Beitrag, damit der Urteilsspruch für den Verurteilten und die Gemeinschaft sinnvoll bleibe. Das scheint alles sehr gut nachprüfbar. In der Argumentation des dissentierenden Votums ergibt sich dann aber der Bruch, dass die „komplexe Motivation [...] einer normativen Erfassung entzogen“ (BVerfGE 25, 352 [365]) sei. Dem Gnadenwalter stehe darum ein freies Ermessen zu,

¹⁴ Dieses reichsrechtliche Begnadigungsrecht war aber keineswegs im Kaiserreich auf Verfassungsebene verankert. Das Begnadigungsrecht entsprang lediglich § 484 RStPO: „In Sachen, in denen das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hat, steht das Begnadigungsrecht dem Kaiser zu.“ (RGBl. 1877, 253, 341). Mit der Weimarer Republik wurde der Wortlaut dann geändert zu § 452 RStPO: „In Sachen, in denen das Reichsgericht in erster Instanz erkannt hat, steht das Begnadigungsrecht dem Reiche zu“ (RGBl. 1924, 322, 368).

welches als Schranken nur die Menschenwürde und den Gleichheitsgrundsatz kenne – es bestehe darum nur ein Recht auf eine nichtdiskriminierende, gerechte und sachbezogene Gnadenentscheidung.

Letztlich zieht sich also selbst das dissentierende Votum, welches eine im Grundgesetz – also einem Gesetzestext – befindliche Gerechtigkeitsidee vorzufinden meint, an der sich ein Gnadenerweis zu orientieren habe, auf einen blanken Willkürschutz zurück.

Das überrascht. Das Bundesverfassungsgericht verwendet viel Zeit darauf, mögliche Gesichtspunkte wie das Schicksal des Verurteilten und seiner Familie oder seine Persönlichkeit zu nennen. Diese Aufzählung kann zwar nicht abschließend sein – aber sie lässt doch eine normative Erfassung der Motivationen durchaus möglich erscheinen. Auch dieses Votum kommt darauf zurück, dass konkret-individuelle Gnadenverfahren ihre Maßstäbe nicht in Normen verbalisieren und positivieren können.

Es stellt sich dann aber die Frage, wie das Gleichheitsgebot – dessen Einhaltung das Bundesverfassungsgericht ja für überprüfbar hält – sinnvollerweise befolgt werden soll, wenn die Maßstäbe zwingend im Unklaren verbleiben.

Das dissentierende Votum stellt also einen wirkungslosen Maßstab auf, den man nicht greifen kann. Andererseits wäre auch nicht ersichtlich, wie eine „Domestizierung“ der Gnade einen Fortbestand der Gnade – an dem das Bundesverfassungsgericht keine Zweifel aufkommen lässt, schon, um nicht verfassungswidriges Verfassungsrecht annehmen zu müssen – ermöglichen würde, wenn man den Begriff nicht zur Unkenntlichkeit umdeuten wollte.

Auch der kaum verdeckte Aufstand des Hessischen Staatsgerichtshofs gegen das obsiegende Votum blieb darum letztlich folgenlos und schlug auch nie höhere Wellen: Dort erwies sich die Klage eines Häftlings auf Begnadigung zwar als zulässig, erkannte damit die Nachprüfbarkeit von Gnadenakten also im Grundsatz an, verwarf sie dann aber als unbegründet, weil trotz bester Führung in Haft der in der Klage erhobene Willkürvorwurf gegen die abschlägige Gnadenentscheidung nicht substantiiert werden konnte (Hessischer Staatsgerichtshof, Urteil v. 28.11.1973 – Az. P.St. 653, Rn. 64).

Die Unmöglichkeit der Substantiierung einer Beschwerde durch den unklaren Maßstab unterscheidet den Gnadenerlass vom Widerruf des Gnadenaktes, welchen das Bundesverfassungsgericht richtigerweise als überprüfbaren Verwaltungsakt ansah (BVerfGE 30, 108). Denn der Gnadenakt selbst nennt Bedingungen, unter denen er widerrufen werden kann; die Voraussetzungen einer solchen „Gnadenunwürdigkeit“ sind konkret, v.a. bei Gnadenakten, die explizit Auflagen nennen, welches Verhalten vom Begnadigten in Zukunft erwartet werde. Anders als beim originären Gnadenakt sind die Maßstäbe also bei seinem Widerruf erkenn- und überprüfbar.

Das obsiegende Votum der Leitentscheidung hingegen beantwortet nicht klar, welchen Geltungsgrund das Begnadigungsrecht noch hat. Es zieht sich auf eine ausschließlich historische Argumentation zurück, füllt die Lücke, die die christliche Prägung des Begriffs im säkularen Staat hinterlässt, aber nicht mit einem eigenen Deutungsangebot aus. Das will dieser Text ändern. Denn der säkulare Staat, der gerade keine Staatsreligion kennt und aufgefordert ist, inklusive Begriffsverständnisse für eine Vielzahl an Bürgerinnen und Bürgern zu entwickeln, kann sich mit

der noch immer verbreiteten christlich-sakralen Begründung¹⁵ des Instituts nicht zufriedengeben. Auf der Grundlage meines Deutungsangebots soll dann überprüft werden, ob die dissentierenden Richter nicht doch Recht hatten mit ihrer Forderung nach Justiziabilität.

Verortung und Begründung der Gnade

Grenzen des Rechts

Gustl Mollath, ein Autoschlosser, dem vorgeworfen wurde, seine Frau bei einer tätlichen Auseinandersetzung verletzt zu haben, war im Ausgangsprozess 2006 der angeklagten Delikte für schuldunfähig erkannt und in eine psychiatrische Anstalt eingewiesen worden. Der Verurteilte wehrte sich gegen dieses Urteil. Im Rahmen des komplexen Verfahrens und der umfänglichen Medienberichterstattung gerieten u.a. die Leistung des Sachverständigen sowie der Anstaltsleitung, aber auch die Verwicklung der damaligen Justizministerin Beate Merk in den Blick der Berichterstattung, sodass schließlich durch den Bayerischen Landtag ein Untersuchungsausschuss eingesetzt wurde. Ein letztlich in der Sache erfolgreicher Revisionsprozess konnte nicht leisten, was der Angeklagte beehrte. Im Revisionsverfahren konnte (und sollte) nur die Frage aufgeklärt werden, ob Mollath zum Tatzeitpunkt schuldfähig war oder nicht, bzw. im vorinstanzlichen Urteil ein Rechtsfehler vorlag oder nicht. Das justizförmige Verfahren ist nicht ausgelegt gewesen auf die Aufklärung des „Filzes“, der zum größten Justizskandal jüngerer Zeit geführt hatte, auf die Erforschung des genauen Verhaltens bayerischer Justiz, Sachverständiger, psychiatrischer Einrichtungen etc. Aufgrund der verworrenen Sachverhaltslage schied auch eine vollständige Rehabilitation oder zweifelsfreie Klärung der damaligen Schuldfähigkeit – erst recht nicht im Sinne des Angeklagten¹⁶ – aus.

Mollath verlangte mehr vom Recht, als dieses zu leisten vermochte. Er wollte einen Lebenssachverhalt verhandelt wissen; das Recht konnte sich – als Strafverfahren, in dem es um individuelle Schuld geht – aber nur auf einen Teil davon konzentrieren. Diese Fähigkeit des Rechts, einen Ausschnitt eines komplexen Lebenssachverhaltes isoliert zu betrachten, ist notwendig, um überhaupt zu einem Urteil kommen zu können. Ergründet werden kann und soll nur die selektive Wahrheit, weil sonst alles Verstehen auch zeitlich so uferlos wäre, dass eine Befriedung der Rechtsteilnehmer unmöglich und der Zweck von Systemen allgemein, die Reduktion von Komplexität auf ein händelbares Maß (Luhmann 1983: 41f.), und von Verfahren im Besonderen, die Erarbeitung einer verbindlichen Entscheidung innerhalb einer gewissen Zeit (Luhmann 1983: 41), verfehlt würde. Recht zielt nicht zuvörderst auf die Kategorie „Wahrheit“, sondern beschränkt sich auf die Codierungsleistung: Recht – Unrecht (Luhmann 1995: 131). Die Vornahme der Codierung unterliegt dabei einem Entscheidungszwang. Diese Codierung führt das Recht an seine Außengrenze: Mag ein Sachverhalt mannigfaltig sein, so beschränkt sich das Recht doch nur auf bestimmte Kategorien, um ihn zu bewerten.

Neben diesen Erkenntnisgrenzen nach außen, die Grenzen des durch Normen erfassten bedeuten, gibt es aber auch eine Grenze nach innen. Diese verläuft entlang des Kriteriums der Positivität und

¹⁵ Dieses Begriffsverständnis findet sich auch bei Autoren, die eigentlich schon mit dem Erfordernis des säkularen Staates konfrontiert sind. So spricht Merten, Rechtsstaatlichkeit, noch 1978 mit bedenklichem Zungenschlag vom „mosaischen“ Gesetz und der „christlichen“ Gnade und führt als Argumentation für die staatliche Gnadenerweisung den Römerbrief an (Merten 1978: 63f.); ähnlich, gleichwohl unter anderen historischen Vorzeichen, Grewe, Gnade, im Jahr 1936: „Die Gnade ist ihrem tiefsten Grunde nach ein Einbruch des Göttlichen in die Welt“ (Grewe 1936: 41).

¹⁶ Die Revision gegen diesen in der Meinung des Angeklagten „Freispruch zweiter Klasse“ blieb denn auch erfolglos, vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2015 – 1 StR 56/15 –, juris.

Kontingenz. Während Recht üblicherweise die Eigenschaft zugeschrieben wird, kontingent, also änderbar, zu sein, kennen wir im deutschen Grundgesetz Normen, die als ewig und damit zu einem gewissen Grade als überpositiv apostrophiert werden: Die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG verhindert eine Streichung der Menschenwürde und des Rechtsstaates aus der Verfassung dauerhaft, u.U. sogar über das Bestehen dieser Verfassung hinaus.¹⁷ Zwar sind Menschenwürde und – viel mehr – Rechtsstaat justiziabel: Die Menschenwürde und das Rechtsstaatsprinzip wurden durch ein besonderes Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der *pouvoir constituant* (d.h. durch die die Verfassung gebende Gewalt) etabliert, Urteile werden auf diese Rechtsnormen gestützt. Vor allem geschieht dies dann, wenn andere Normen nicht greifen. Die Menschenwürde ist dabei keine Notlösung, sie ist auch nicht nur das Zentrum, sondern auch die – freilich anachronistisch als Axiom in die Texte des 20. Jahrhunderts eingeführte (Pfleiderer 2006: 149) – Quelle des Grundrechtekanons: Alle Grundrechte fließen aus der Würde aus, jedes Grundrecht lässt sich auf einen „Menschenwürdekern“ zurückführen (BVerfGE 109, 279 [309]; BVerfG NVwZ 2008, 549; Hong 2016: 656ff.; weniger weit Birnbacher 2013: 65ff.).

Außen- und Innengrenzen grenzen das positive Recht also einerseits zum durch Normen nicht Erfassten und andererseits zum Überpositiven ab. Innen und Außen sind jedoch nicht nur durch verschiedenartige Demarkationslinien vom positiven Recht geschieden, sondern bestimmen ihrerseits das Verhältnis zu ihm verschieden. Der von der Innengrenze umschlossene Bereich definiert sich (und dies wird durch die Ewigkeitsklausel des Grundgesetzes anerkannt) als Zentrum der gesamten Umgebung, weshalb wir überhaupt nur von Innen und Außen reden können. Das umgebende Recht bleibt notwendigerweise unvollständig, weil in ihm die Fläche dieses Innenkreises fehlt.

Der Innenkreis kann dabei durchaus auch ein rechtliches Ergebnis entscheidend umprägen oder vorwegnehmen; in solchen Fällen wird er „übergreifend“.

Dieser Prozess findet sich in der jüngeren Zeit im deutschen Recht anschaulich im Wunsiedel-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. In dem Verfahren wurde die Frage verhandelt, ob der Straftatbestand der Verherrlichung des Nationalsozialismus verfassungskonform sei, immerhin sehe Art. 5 Abs. 2 GG als Beschränkung der Meinungsfreiheit „allgemeine Gesetze“ vor, also solche, die sich gerade nicht gegen eine bestimmte Meinung richten; unstreitig beschränkt der streitige Straftatbestand aber gezielt die Freiheit zu einer bestimmten Meinung, nämlich einer nationalsozialistischen. Alle Rechtsnormen sprachen gegen, nur ein „inneres Gerüst der grundgesetzlichen Ordnung“ (BVerfGE 124, 300 [328]), also nicht das Recht, sondern etwas in ihm Verborgenes, es Tragendes, sprach für die Verfassungskonformität des streitigen Paragraphen – was zur Erfolglosigkeit der Klage führte; der Paragraph war mithin für verfassungskonform erklärt worden. Nicht umsonst erfuhr das Urteil erhebliche Kritik, in der oftmals Juristen nach juristischen Lösungen suchten, ohne das Ergebnis an sich in Frage zu stellen (z.B. Volkman 2010: 418; Muckel 2010: 237 f.; anders Hong 2010: 119). Was diesen Stimmen Sorgen bereitete, ist der nicht kontingente Innenbereich, in dem das positive Recht keine Definitionsmacht entfalten konnte.

Gleichzeitig ist dieser besonders brisante Fall geeignet, den Ort des Überpositiven vom Positiven noch unter einem zweiten Gesichtspunkt zu scheiden. Denn während der Innenkreis mangels Positivität, mithin wegen großer interpretatorischer Weitungsmöglichkeiten schwerlich eindeutige Handlungsanweisungen und -ermächtigungen generieren und damit für Legalität stehen kann, ist

¹⁷ In dieser Frage eine Äußerung ablehnend: BVerfGE 123, 267 (343).

der Innenkreis gerade deswegen ein mit Deutungshoheit über die Legalität versehener Anker für Legitimität. Diese Aufgabe kann ihrerseits nur zufriedenstellend erfüllt werden, weil sich der Innenkreis als solcher definiert hat: Aus dem Zentrum schöpft das positive Recht Legitimität, um die eigene Legalität nicht nur mit Zwang und Gewalt, sondern auch im Rückgriff auf die akzeptierten und deutungsoffenen Zentralprinzipien durchsetzen zu können, die sich im Innenkreis finden.¹⁸

Recht und Gnade – Stufen in einem Kontinuum

Um den Nachweis zu führen, dass die Gnadenkriterien nicht bei Beibehaltung des Wortsinns positivierbar sind, sie sich also einer Fixierung in einem Rechtstext entziehen, muss zuerst gefragt werden, wie sich Gnade und Recht zueinander verhalten. Gibt es ein Vorrangverhältnis? Besteht dieses in erhöhter Geltung oder nur im Hinblick auf den Zeitpunkt der Anwendung?

Dafür ist zu betrachten, wie Gnade und das Recht mit seinen unterschiedlichen Auslegungsinstrumenten jeweils arbeiten – und ob sie möglicherweise sogar eine Funktion teilen.

Geht man von der Prämisse aus, dass alles staatliche Handeln, also nicht nur das in Rechtsakten, darauf zielt, dem Menschen zu dienen,¹⁹ so muss sich jede staatliche Handlungsform prüfen lassen, inwiefern sie ihren Beitrag zur Verwirklichung dieser staatlichen Zielsetzung leistet.

Die Handlungsformen des Rechts, die der Würde als Zentrum des Rechts zur Geltung zu verhelfen trachten,²⁰ agieren in drei Stufen, zwischen denen ein Anwendungsvorrang der je niedrigeren gilt.

Die erste Stufe, die gleichzeitig eine Selbstverständlichkeit ist, ist die Ausrichtung des geltenden Rechts an den Grundrechten als unmittelbar geltendes Recht. Das Recht wird schließlich in den meisten Fällen so gestaltet werden, dass es auf verschiedene Rechtspositionen Rücksicht nimmt und einen schonenden Ausgleich herbeiführt. Dies geschieht im Recht durch vielfältige Techniken: Durch Normen, die einen solchen Sachverhalt antizipieren, durch Vorschriften, die der Verwaltung Ermessen zugestehen, durch Normhierarchien, dass also manche Gesetze über anderen Gesetzen stehen und diese bei Widersprüchen obsiegen, oder durch das Gebot, dass alle Rechtsanwendung verhältnismäßig in Abwägung der widerstreitenden Interessen und Rechte geschehen soll.²¹ Dies alles ist einer Argumentation mit Grundrechten vorangestellt. Darum muss nur ausnahmsweise das (abstrakt gehaltene) Grundrecht aus der Verfassung direkt adressiert werden, häufig genügt das „einfache Recht“.

Die zweite Stufe, die das Gebiet des geschriebenen Rechts bereits verlässt, ist die „teleologische Reduktion“: Ein bestimmter Teil des Rechts, der unter dem Verfassungsrecht steht und der zur Anwendung vorgesehen ist, wird nicht angewandt, um ein Ziel der Vorschrift, den sogenannten Telos, nicht zu gefährden (Rüthers, Fischer und Birk 2016: Rn. 902 ff.). Dieses Ziel wird sich in aller Regel z.B. an einem oder mehreren Grundrechten orientieren können. Auch die Herstellung praktischer Konkordanz (grundlegend Hesse 1991: Rn. 317 ff.), also des schonenden Ausgleichs,

¹⁸ Auch dies scheint eine Voraussetzung zu sein, von der, im Anschluss an Böckenförde, der freiheitliche und säkularisierte Staat lebt, ohne sie selbst garantieren zu können; vgl. Böckenförde 1967: 93.

¹⁹ Herrenchiemseer Verfassungsentwurf, Art. 1 Abs. 1: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 1 Abs. 1 S. 2: „Sie [die Würde] zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlicher Gewalt“.

²⁰ Nach E.-W. Böckenförde sei die Menschenwürde Konstitutionsprinzip, Staatszweck und Staatsaufgabe (Böckenförde 2013: 380f.).

²¹ Diese Vorgehensweise trägt dem von D. von der Pfordten proklamierten „normativen Individualismus“ in besonderem Maße Rechnung (vgl. von der Pfordten 2013: 108ff.).

bei besonders geschützten, etwas missverständlich als „schrankenlos“ bezeichneten Grundrechten, ließe sich als beidseitige teleologische Reduktion darstellen.

Der Wunsiedel-Beschluss steht für eine dritte Stufe: Hier wurde von der Anwendung einschlägigen Verfassungsrechts abgesehen, um ein Ziel bzw. die (richtige) geschichtliche Deutung der Entstehung der Bundesrepublik als Antwort auf den „gegenbildlich identitätsprägende[n]“ (BVerfGE 124, 300 [328]) Nationalsozialismus nicht zu gefährden. Diese Deutung ließ sich jedoch gerade nicht ohne Weiteres als Ziel oder – angesichts der Üblichkeit der Meinungsfreiheit im Menschenrechtskanon – Hintergrund der Entstehung des einschlägigen Grundgesetzartikels bezeichnen. Das beweisen schon die langen Ausführungen des Gerichts zum Entstehungsprozess des Grundgesetzes, um letztlich eine „immanente“ (BVerfGE 124, 300 [328]) Ausnahme vom Sonderrechtsverbot zu begründen.

Die dritte Stufe beschreibt die teleologische Reduktion von Verfassungsrecht unter Annahme eines außerrechtlichen Telos (ähnlich Larenz 1991: 392). Diese dritte Kategorie ragt bereits in den Innenbereich hinein und weist eine strukturelle Ähnlichkeit zur Gnade auf. Deswegen ist auch diese Kategorie nicht unumstritten: Das Mauerschützen-III-Urteil (BGHSt 41, 101), in dem der Bundesgerichtshof auf die Radbruchsche Formel²² und den „positiven Wert der Gerechtigkeit“ (BGHSt 41, 101 [105]) zurückgreift, um die DDR-rechtliche Rechtfertigung der Tötung unbewaffneter Flüchtlinge an der innerdeutschen Grenze für unwirksam zu erklären, der Wunsiedel-Beschluss oder auch der „Zwergenweitwurf“-Beschluss (VG Neustadt an der Weinstraße, NVwZ 1993, 98 ff.), der Menschenwürde, Wertanschauungen und gute Sitten miteinander verquickt, als es darum ging, das Werfen Kleinwüchsiger zur Unterhaltung der Gäste einer Diskothek zu verbieten. Diskutiert wird in jeder dieser Entscheidungen die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit oder Anwendung bzw. Nichtanwendung einer Rechtsvorschrift, wobei sich die Lösung jeweils auf keine Vorschrift im engeren Sinne stützen kann, sondern auf ein Prinzip oder einen Wert, der allgemeine Anerkennung für sich reklamieren kann. Freilich ist der Prinzipien- oder Wertbegriff ein höchst unscharfer. Nicht umsonst ist darum zu beobachten, wie auch diese außerrechtlichen Postulate in eine Sphäre des Rechts gezogen werden, um sie fassen und definieren zu können, wie es bei der Menschenwürde fortlaufend versucht wird (dazu Baldus 2016). Verständlich sind diese Versuche allemal: Eine rechtliche Lösung für einen rechtlichen Sachverhalt liegt nahe und ist zu bevorzugen.

Diesem „Sog ins Recht“ konnte sich die Begnadigung bislang entziehen. Die Gnade ist demnach die vierte Stufe, jene, die „hinter“ dem Recht steht. Denn sie stützt sich nicht nur auf ein außerrechtliches Prinzip oder einen außerrechtlichen Telos, sie verhandelt auch einen außerrechtlichen Sachverhalt, indem sie über das, was die Strafvollzugsgesetze regeln, in ihren Erwägungen hinausgeht: Der Täter ist bereits rechtskräftig verurteilt. Die Erkenntnisgrenze im Begnadigungswesen ist also nicht die des rechtlich Relevanten, sondern die menschlicher Erkenntnis allgemein. Der Begnadigende ist nicht darauf beschränkt, nur einen Ausschnitt eines

²² „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“ (Radbruch 1946, S. 107)

Lebenssachverhaltes zu beurteilen, es ist ihm gestattet, den gesamten Sachverhalt in sein Urteil einfließen zu lassen und ihn nach den eigenen Maßstäben zu gewichten. Das Begnadigungsverfahren hat nicht die Aufgabe, Kontingenz zu bewältigen, weil diese in rechtlicher Hinsicht durch ein gültiges Urteil bereits bewältigt ist. Darum gibt es keinen Entscheidungszwang (anders Hömig 2007, 1334 f.). Uferlosigkeit braucht die Gnade also nicht zu scheuen.

Gerade wegen dieser potentiellen Uferlosigkeit legen die Gnadensordnungen der Länder – die gerade keine Richtlinien für die materiellen Maßstäbe der Gnadenerweisung verbindlich auferlegen, sondern insbesondere das Verfahren regeln – fest, dass eine Begnadigung nur in Betracht kommt, wenn eine rechtliche Lösung unmöglich ist, also dem Gnadengesuch rechtlich keine Abhilfe geschaffen werden kann (Nr. 9 Abs. 1 GnO.RP). Dadurch wahrt die Begnadigung ihren „Ausnahmecharakter“ (Nr. 4 S. 1 GnO.RP). Wie zu zeigen sein wird, ist dies keine Vorgabe des Rechts oder speziell der rheinland-pfälzischen Gnadensordnung, sondern eine, die immanent aus der Gnade und ihrem Wesen selbst folgt. Dieser Ausnahmecharakter scheint auch international anerkannt zu sein, so wählte François Hollande vor der vollständigen Begnadigung für Jacqueline Sauvage „dans le respect de l’autorité judiciaire“²³ – aus Respekt vor der richterlichen Gewalt – das Mittel des Gnadenerlasses in Gestalt einer Prozess erleichterung, die es der Täterin gestattete, sich vor der Zeit einem Strafvollzugsgericht mit dem Antrag auf vorzeitige Entlassung zu präsentieren. Erst als dieser Antrag vor dem Gericht erfolglos blieb und auch das dagegen eingelegte Rechtsmittel den Vollzug aufrechterhielt, wurde er neuerlich begnadigend tätig (Pascual und Scheffer 2016; lemonde.fr 2016a; lemonde.fr 2016b; lemonde.fr 2016c).

Dieser Ausnahmecharakter spiegelt sich auch in einer Reihe anderer Umstände und erweist sie als vierte – und nicht etwa erste oder zweite – Stufe im dargestellten Kontinuum:

Im Hinblick auf die Sicherung der Gewaltenteilung darf eine Begnadigung auch nur auf die Vollstreckung einer Strafe aus einem rechtskräftigen Urteil bezogen sein (BVerfGE 46, 214 [223]). Die Niederschlagung eines laufenden Verfahrens kommt also nicht in Betracht. Schon hinsichtlich des expliziten Wortlauts des Grundgesetzes, die Gnadengewalt werde „im Einzelfall“ ausgeübt, verbietet sich zudem die Amnestie (anstelle vieler: Herzog in Maunz, Dürig und Herzog 2016: Art. 60 Rn. 31 f.; Reimer in Kahl, Waldhoff und Walter 2016: Art. 60 Rn. 76).

Die Autorität des Rechts wird demnach nicht untergraben, indem ein rechtlicher Sachverhalt neu bewertet wird. Jedoch werden durch die Gnade Erkenntnisgrenzen des Rechts überschritten, wodurch sich ein Sachverhalt unter Würdigung der o.g. Prinzipien und Werte anders darstellt. Es liegt also die Schlussfolgerung nahe, das Recht habe den Sachverhalt nicht korrekt erfasst und müsse deswegen zurücktreten.

So einfach ist es jedoch nicht. Vielmehr sind unter dem Gesichtspunkt der jeweiligen Funktionsweise beide Ergebnisse „richtig“: Auf zwei verschiedene Fragen – denn die unterschiedlichen Erkenntnishorizonte können ein und denselben Sachverhalt unterschiedlich erscheinen lassen – werden natürlicherweise zwei verschiedene Antworten gegeben. Der Umgang staatlichen Rechts mit staatlicher Gnade ist also dann am produktivsten, wenn sich das Recht als eines unter mehreren Regelungsinstrumenten sozialer Interaktion – Konvention, Recht, Gnade – begreift. Darin liegt auch nach Kritikern der freien Gnadenausübung der bleibende Sinn des Begnadigungsrechts: Die Ansehung des Verurteilten mit seinen persönlichen Umständen (Maurer 2010: § 8 Rn. 13). Auch die diversen Ermessensvorschriften des Strafvollzugsrechts oder die

²³ Presseerklärung des Élysée-Palasts, noch verfügbar unter: <https://web.archive.org/web/20160201044817/http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/jacqueline-sauvage> (31.01.2016) (zuletzt abgerufen 05.08.2017).

Sensibilisierung der Strafurteile für die hinter der Tat stehende Person können letztlich den außerrechtlichen Sachverhalt nicht perfekt abbilden – das deuten die oben bereits genannten Zahlen an. Auch das judikative Wiederaufnahmeverfahren ist nicht geeignet, innerhalb des Rechts diese Fälle abzubilden: Die Wiederaufnahme steht im Dienst der materiellen Wahrheit (Singelstein in Graf 2017: § 359 Rn. 1) und ist somit nur zur Anwendung geeignet, wenn im Nachhinein Tatsachen auftauchen, die das abgeurteilte Geschehen wesentlich anders darstellen. Reine Wertungen, wie sie oft der Gnade zugrunde liegen werden, sind gerade kein geeigneter Gegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens.

Dass der (exekutive) Gnadenakt das (judikative) Unwerturteil über die Tat nicht durch ein eigenes Urteil ersetzt, kann auch darin erblickt werden, dass der Gnadenakt den Schuldspruch nicht aufhebt, sondern lediglich die Folgen für die Zukunft beseitigt. Bisher erlittene Nachteile werden nicht wiedergutmacht (Grewe 1936: 31f.). Die Tat und das verhängte Strafmaß werden nicht aus den einschlägigen Registern gelöscht, sodass man als nicht mehr vorbestraft gälte (Birkhoff und Lemke 2012: Rn. 350 ff.). Andernfalls wäre die Gnade nur ein weiteres, wenn auch ungewöhnliches Rechtsmittel. Das beweist, dass eben nicht durch Gnade auf das „wahre“ Recht erkannt wird, sondern dass in einer anderen, nicht besseren, Erkenntnisdimension geurteilt wird. Mit Blick auf die Folgen einer Begnadigung im deutschen Recht kann also keineswegs die Rede davon sein, dass Gnade „vor“ Recht erginge. Das Recht – das Urteil, der bisher erlittene Freiheitsentzug, die Eintragung im Strafregister – wird nicht angetastet.

Gnade ist also „etwas Anderes“, aber teilt mit dem Recht eine Funktion: Funktional betrachtet hat die Begnadigung aus Art. 60 Abs. 2 GG Anteil an der Erfüllung der Verfassungsfunktion der Gerechtigkeitsreserve (zum Konzept Gerechtigkeitsreserve Morlok 1988: 91 ff.; Morlok 2006: Sp. 2559 f.). Als Gerechtigkeitsreserve wird die Verfassung bezeichnet, weil in sie als höchstes Gesetz von den Unterworfenen vielfältige Gerechtigkeitserwartungen projiziert werden. Diese Gerechtigkeitserwartungen werden für gewöhnlich durch niederstehende Normen „abgefedert“. Dies leistet das dargestellte Kontinuum staatlicher Handlungsformen. Der Rekurs auf grundlegende Verfassungsbestimmungen muss aber möglich bleiben (Morlok 1988: 92). Der Anspruch, „richtiges“ Recht zu sein, entfaltet legitimierenden Charakter (Morlok 1988: 93). Dies trägt zur Identifikation des Bürgers mit dem Staat über die Verfassung bei (Morlok 2014: 44 ff.; Heinig 2015: 87 f). All dies wird in besonderem Maße auch durch die Gnade als Verfassungsvollzug, der dem Richtigkeitsanspruch gerecht zu werden versucht, verwirklicht.

Aus dem dargestellten Stufensystem folgt also: Komplexe Sachverhalte werden in der Regel durch eine höhere Stufe behandelt, wenn sich die niedere Stufe als unterkomplex erwiesen hat. Eine Behandlung ist gerade darum auf höherer Stufe geboten, weil die Ordnung staatlichen Handelns die zugetragenen Sachverhalte unter Einschluss, nicht unter Ausgrenzung möglichst vieler Probleme erfassen will, um es Bürgern weiterhin zu ermöglichen, ihre Gerechtigkeitsvorstellungen im staatlichen Handeln reflektiert zu finden. Während sich vorgeschaltete Stufen dabei einer rechtlichen Vorgehensweise bedienen, was den Sachverhalt zulässig und sinnvoll auf in ihren Binnenlogiken Notwendiges beschränkt, ist die Gnade in ihrer Vorgehensweise gerade nicht rechtlich. Sie kann jedoch das Handlungskontinuum wieder neu in Gang setzen, wie etwa Hollandes Gnade zunächst nur den Zugang zu einem der Verurteilten (noch) verschlossenen Verfahren ermöglichte. Dem gehorcht auch, dass der Widerruf von Gnadenakten selbst wiederum justiziabel ist: Nachdem durch die Gnade auf höchster Stufe eine Entscheidung getroffen wurde, muss die Frage des Widerrufs wieder „unten“ ansetzen und kann dank eines

klaren Maßstabs für Gnadenunwürdigkeit in den Gnadenakten selbst auf niederer Stufe gelöst werden.

Der Unterschied in der konkreten Erscheinungsweise der einzelnen Stufen ist somit die Differenz in der Erkenntnisgrenze, die bei der Gnade nicht die rechtliche ist, sondern die menschliche. Angesichts dessen ist die Verneinung der Justiziabilität aus rechtlicher Sichtweise naheliegend. Die Begnadigung mag also nach dem Gesagten ein Institut von einiger Kohärenz mit dem rechtlichen System sein; wo sich Brüche ergeben, sind diese soweit ihrer besonderen Struktur geschuldet. Beide Institute, die Gnade und das Recht in den beschriebenen drei Stufen, dienen dessen ungeachtet der Bewältigung und des Agierens an den Innengrenzen des Rechts, um Konflikte zwischen Legalität und Legitimität im Sinne der obigen Grenztypologie befriedigend lösen zu können; bei der Gnade geschieht dies, indem die Außengrenze vom Normativen zum Anderen aufgelöst wird.

Gnade und Menschenwürde

Der Gnade lapidar ihre Existenz zuzugestehen, weil sie im Grundgesetz verbürgt ist, höheren Begründungsaufwand aber allenfalls bei der historischen Darstellung ihrer Entstehung zu betreiben, um sie schlussendlich als historisch überkommen zu bezeichnen, greift eklatant zu kurz. Sie andererseits herzuleiten, indem man als ihren Sinngehalt „eine höhere Gerechtigkeit als letzte rational fassbare Konsequenz des Fragwürdigen irdischer Strafrechtspflege“ (Geerds 1985: Sp. 615) beschwört, lässt zwar den Bedarf erkennen, im säkularen Staat die Gnade neu zu begründen, ohne beständig auf ihre religiös-personalen Wurzeln zu verweisen, leistet aber keine enge Rückbindung an zentrale und fundamentale Normen unseres Rechtssystems.²⁴ Dieser Text unterbreitet ein neues, bisher, soweit erkennbar, noch nicht vertretenes Deutungsangebot für den Geltungsgrund der Gnade. Der Ausgangspunkt einer gänzlich neuen Begründung der Gnade könnte dort sein, wo anstatt einer Fundamentalnorm von Staatlichkeit früher transzendente Erwägungen standen (vgl. Moxter 2011: 116; Morlok 1988: 95). Als solche Fundamentalnorm unserer Staatlichkeit böte sich zwar auf den ersten Blick der diffuse Wert der Gerechtigkeit an, dessen Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip ist aber ungeklärt. Das Rechtsstaatsprinzip reflektiert sich letztlich in der Staatsfundamentalnorm (Böckenförde 2013: 413) der Menschenwürde in ihrem objektiven Gehalt als oberster Wert und „tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung“ (Hufen 2014: § 10 Rn. 10), also ein Prinzip, das Grundlage, Deutung, Aufbau und Zielbestimmung des Staates vorgebe. Die Menschenwürde als dieses Prinzip gebiete den Rechtsstaat (Maurer 2010: § 8 Rn. 84).

Eine Nachbarschaft von Gnade und Rechtsstaatsprinzip oder gar eine Einordnung der Gnade in das Rechtsstaatsprinzip würde zu massiven Problemen führen: Die individuelle Gerechtigkeit, die das dissentierende Votum des Bundesverfassungsgerichts als Leitlinie der Gnadenausübung angibt, gerät dann mit der Gewaltenteilung in einen Widerspruch, den das Bundesverfassungsgericht zwar sieht, aber letztlich nicht aufzulösen vermag. Das obsiegende Votum stellt deutlich fest, dass aufgrund der historischen Prädisposition der Gnade sie sich nicht in das klassische System von

²⁴ Waldhoff 2014: 131f.: „Sie [die Gnade] leidet unter dem Fehlen einer schlüssigen Begründung, denn die in der Literatur erkennbaren Ansätze sind entweder zu stark historisch geprägt und setzen zu kritiklos bei vordemokratischen oder vorkonstitutionellen Vorstellungen des Staatsoberhaupts an oder ergehen sich in nicht überprüften und nicht überprüfbaren Billigkeitserwägungen.“ Symptomatisch dafür steht auch Rüping (1975: 35), der die historische Grundlegung kritisiert, aber, statt die hier versuchte Rückbindung zu leisten, nur mögliche Gnadenmotivationen als Legitimation prüft.

Gewaltenteilung, -verschränkung und -ausgleich einfügen lässt (BVerfGE 25, 352 [361 f.]). Würde man dann noch wie im obsiegenden Votum den Rechtsschutz verneinen, ließe sich eine Verbindung zum Rechtsstaatsprinzip noch schwerer begründen.

Darum spricht vieles dafür, den Anknüpfungspunkt der Gnade auf höchster Ebene – bei der Menschenwürde – zu suchen. Ob das Referieren der unterschiedlichen Menschenwürdebegriffe hier zielführend wäre, sei dahingestellt. Bedient man sich dagegen der Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts selbst und zieht die Objektformel nach Dürig zurate (Dürig zitiert nach Herdegen in Maunz, Dürig und Herzog 2016: Art. 1 Abs. 1 Rn. 36), nach der die Menschenwürde verletzt sei, wenn der Mensch zum bloßen Objekt, hinabgewürdigt werde, so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass ein Rechtssystem – so responsiv es auch sein mag – letztlich davon lebt, Lebenssachverhalte zu abstrahieren und generalisieren, die Subsumtion mithin zwingend einen Sachverhalt oder den an ihm beteiligten und von ihm betroffenen Menschen objektiviert (so auch Moxter 2004: 93). Im oben dargestellten Kontinuum entfaltet das Rechtssystem zwar systemimmanent verschiedene Techniken zur Öffnung für den Einfluss von vom Grundwert Menschenwürde abgeleiteten Grundrechten, stößt jedoch natürlicherweise selbst in Ausnahmefällen an seine Grenzen, weil die Menschenwürde einen überschießenden Gehalt hat, den das Recht nicht abzubilden vermag: Der Innenbereich kann durch das positive Recht nicht abschließend rezipiert werden. An dieser Stelle könnte selbst unter Anwendung der Öffnungsmechanismen der Bürger unzulässig zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden, insbesondere im so sensiblen und facettenreichen Bereich staatlichen Strafans. Das ist gemeint, wenn Autoren in dieser Frage paradigmatisch sagen: „Der juristische Allmachtsanspruch führt zu Gnadenlosigkeit.“ (Schätzler 1992: 143; ähnlich Merten 1978: 63; Seuffert 1970: 501) Genau das soll ein im Einzelfall ausgeübtes Begnadigungsrecht verhindern. Es stellt eine konkrete, individualisierte Zuwendung an eine Person dar (Dombois 1961: 174). Dadurch unterscheidet es sich fundamental von der Begnadigung aus Anlass des 25. Regierungsjubiläums Kaiser Wilhelms II., die das Bundesverfassungsgericht nennt.

Diese Absage an die vollständige Objektivierung des Menschen unter dem Recht kann nur in einem schonenden Ausgleich zwischen dem Rechtsstaat und der Gnade bestehen. Dieser ergibt sich gerade nicht aus einer Suprematie der Gnade über das Recht, auch nicht durch eine Selbstbeschränkung oder eine Selbstrelativierung des Rechts (so aber Meier 2012: 304). Einzig die Menschenwürde relativiert, aber beidseitig: Einerseits die Gnade, um Rechtssicherheit vorzuziehen, weil in den meisten Fällen die ersten drei Stufen des Kontinuums ausreichen, andererseits das Recht, um in Ausnahmefällen nicht das Ziel des Rechts selbst zu verfehlen. So begründet die Menschenwürde selbst den unbedingten Vorrang einer rechtlichen Lösung vor einem Beschreiten des Gnadenwegs, der lediglich *ultima ratio* (d.h. letztes Mittel) sein kann. Das Rechtsstaatsprinzip mit der Gewaltenteilung und letztlich auch der Blickwinkel der Gnade von der Menschenwürde aus gebieten der Gnade gegenüber einer Arbeit mit rechtlichen Begründungen besondere Zurückhaltung.

Die Anknüpfung an die Menschenwürde zeigt sich zudem als einem säkularen Staat angemessen: Gerade ihre Deutungsoffenheit ermöglicht es, dass Bürger mit ihren individuellen Vorstellungen sich im Staat wiederfinden. Die Identifikation mit dem Staat wird also durch einen Begriff ermöglicht, für den es verschiedene Deutungsangebote gibt. Den Geltungsgrund der Gnade also als die Menschenwürde zu beschreiben, lässt verschiedene Vorverständnisse über ihr Wesen und ihren Ursprung zu. Diese Vorverständnisse liegen dann aber außerhalb dessen, was der Staat fassen muss

(so auch Moxter 2011: 128). Er selbst jedoch kann überzeugend mit diesem Geltungsgrund arbeiten.

In einem engen, im Speziellen jedoch ungeklärten Zusammenhang zur Menschenwürde steht das vielzitierte „Menschenbild des Grundgesetzes“ (Becker 1996: 89 ff.). Dieses begreift den Menschen – ohne jeden verheerenden Kollektivismus – nicht als Eremiten, sondern als eingebettet in seine Umwelt (Becker 1996: 45). Obgleich es über seinen genauen Gehalt Streit gibt und dieser Gehalt interpretationsbedürftig ist, ist es eine konkrete Handlungsanweisung an Richter und Gesetzgeber (Kopp 1986: 55). Tatsächlich erscheint diese Aussage nur auf den ersten Blick zu weitgehend: Ein Menschenbild ohne eine solche implizierte Richtschnur im täglichen Gesetzesvollzug wäre überflüssig. Darum hat auch das Bundesverfassungsgericht das Menschenbild des Grundgesetzes allmählich als allgemeine Grundrechtsschranke etabliert (Becker 1996: 111 f.).

Begnadigungsentscheidungen können in diesem Sinne in besonderer Weise die umweltliche Eingebundenheit des Menschen thematisieren. Eine notorische Schwarzfahrerin, die Mutter eines Neugeborenen, wurde nach kürzester Zeit aus der Haft entlassen, weil der Kindsvater mit der Versorgung des Neugeborenen überfordert war und es dabei fast tot schlug. Strafe und Unwerturteil sind gerecht; doch die Umwelt der Frau benötigte diese in ihrer Mutterrolle (Kodalle 2011: 415). Auch der Fall der Jaqueline Sauvage steht für die Thematisierung umweltlicher Eingebundenheit. Ohne die Begnadigung hätte es nicht zur frühzeitigen Freilassung der Täterin kommen können. Auch die vom Bundesgerichtshof in solchen „Haustyrannen“-Fällen gefundene Lösung sieht zwar keine lebenslange Verurteilung, aber eben doch eine empfindliche Freiheitsstrafe vor, die ein Gericht, das eine bestimmte Tat zu bewerten hat und die Notwehr nicht als Abwehr des Leids vergangener Jahrzehnte gelten lassen kann, tat- und schuldangemessen innerhalb der geltenden Gesetze verhängt.

Der Gnadenakt modifiziert lediglich die Folgen des Schuldspruchs (Herzog in Maunz, Dürig und Herzog 2016: Art. 60 Rn. 26) und weitet den Blick für die Situation der Angehörigen oder das Verständnis menschlicher Ausweglosigkeit, also für die Umwelt des Verurteilten, in die das Menschenbild des Grundgesetzes den Täter eingebettet sieht. Der Ausnahmecharakter der Begnadigung unterstreicht dabei, dass das Unwerturteil, also hier der hohe Stellenwert menschlichen Lebens, nicht zur Disposition steht. Somit konnte Frau Sauvage begnadigt werden, ohne dass „Haustyrannen“-Morde deswegen als legalisiert oder zumindest von der Rechtsordnung akzeptiert angesehen werden müssten.

Gleiches mag für den Fall der sog. „Rettungsfolter“ gelten. Unter diesem Schlagwort werden Fälle wie jener des damaligen Vizepräsidenten der Frankfurter Polizei, Wolfgang Daschner, verhandelt, der dem Entführer Magnus Gäfgen Folter androhen ließ, sollte er nicht verraten, wo das Opfer Jakob v. Metzler festgehalten werde. Daschner ordnete dies an, um v. Metzler zu retten. Dieser war – was Daschner nicht wusste – zu diesem Zeitpunkt schon tot (zu diesem Fall Meier 2016: 12f.). In solchen Fällen gibt es die Option, den Täter, hier also Daschner, für die strafbare Androhung von Folter zu begnadigen, daraus resultiert jedoch kein allgemeines Gebot, diesen Zivilisationsbruch zu legalisieren (Heinig 2017 [im Erscheinen]).

Aus der vollständigen Bezogenheit der Gnade auf das Individuum, dessen umweltliche Einbettung in den Blick genommen wird, scheidet eine Begnadigung ohne Ansehung der Person oder einer Vielzahl von Menschen *per se* aus. Der Wortlaut des Grundgesetzes spricht darum bei richtig verstandener Gnade eine Selbstverständlichkeit aus (für die Weimarer Reichsverfassung

Anschütz 1929: 260). Auch für eine Begnadigung aus Selbstherrlichkeit, die bei der Begnadigung von ihrem Träger und nicht von ihrem Empfänger ausgeht, ist nach diesem Verständnis kein Platz.

Ausgestaltung der Gnade im Lichte ihrer Stellung

Maßstäbe für die Gnadenausübung?

Die Zielsetzung der Gnade ist gemäß der vorherigen Ausführungen von ihrem Ursprung, der Menschenwürde, definiert, aus der die Gnade ausfließt. Der Gnadenvollzug, wie er seine Stütze in der Gerechtigkeitsreserve Verfassung findet, leistet einen Beitrag zur Identitätserhaltung der Bürger mit dem Staat. Das klärt aber noch nicht, ob die Herstellung von „Gerechtigkeit“ auch definitorische Notwendigkeit ist, um bei einer Begnadigung überhaupt von Gnade reden zu können.

Gustav Radbruch schreibt in seiner Rechtsphilosophie, die Gnade kenne keine Zwänge, nicht einmal den der Gerechtigkeit (Radbruch 1932: 174). Tatsächlich kann es nicht angehen, mit der Gerechtigkeit einen unscharfen Maßstab zur materiellen Notwendigkeit für die Gnade zu erheben.

Dennoch hat das Begnadigungsrecht durch seine gesamte Struktur den Zweck, ganzheitliche Gerechtigkeit zu ermöglichen. Dies meint nicht lediglich formale Konsistenz, sondern zudem „Responsivität gegenüber ökologischen Anforderungen“ (Teubner 2007: 306). „Ein Gnadenerweis kommt nicht in Betracht, wenn die Rechtsordnung unerträglich verletzt würde.“ (Nr. 4 S. 4 GnO.RP) Gnadenerweise sollen demnach keine Ungerechtigkeit (re)produzieren; Gerechtigkeit als Ergebnis ist jedoch keine notwendige Voraussetzung, um überhaupt von Gnade sprechen zu können. Vielmehr ist ihr Zweck, „insbesondere [...] Unbilligkeiten bei nachträglich bekanntgewordenen oder eingetretenen allgemeinen oder persönlichen Umständen auszugleichen“ (Nr. 4 S. 2 GnO.RP). Der Begriff der „Billigkeit“ ist in der Rechtsgeschichte seit Aristoteles so schillernd und stärksten Verständniswandlungen unterlegen, dass hier von ihm Abstand genommen werden soll (zur Entwicklung des Begriffs Moxter 2004).

Ganzheitliche Gerechtigkeit kann nicht als Gerechtigkeit im Sinne von Gleichheit beschrieben werden. Gleichheit existiert im Rechtssinne und im tatsächlichen Sinne.

Für eine Anwendung des Gleichheitssatzes wird argumentiert, das Begnadigungsrecht aus Art. 60 GG könne nicht dazu dienen, völlig unbegründbare Ausnahmen vom Rechtsstaatsprinzip, das aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet wird, zuzulassen, wenn doch gerade der irdischen Gerechtigkeit zur Geltung verholfen werden solle, weshalb über Art. 20 Abs. 3 GG auch der Gleichheitsgrundsatz von Art. 3 Abs. 1 GG gelte (Geerds 1960: 33; dafür auch Müller 1981: 113; Geerds 1985: Sp. 613; Maurer 2010: § 8 Rn. 29, dieser aber zum Zwecke des bloßen Willkürverbots).

Das verkennt jedoch den rechtlichen Anknüpfungspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet nur für wesentlich gleiche Sachverhalte, diese gleich zu behandeln. Das Urteil über Gleichheit und Ungleichheit bemisst sich an der jeweiligen Fragestellung, die den Erkenntnishorizont definiert. Bei einer rechtlichen Beurteilung kann nur relevant sein, ob die Entscheidung des Handelnden, welche Sachverhalte er „im Rechtssinn als gleich ansehen will“, sachgerecht getroffen ist (BVerfGE 90, 145 [196]). Eine solche Einschränkung auf eine Gleichheit im Rechtssinn, die ja gerade deswegen eine Abstraktion der Kriterien mit sich bringt, ist bei einer Einzelfallentscheidung, die Ausnahmecharakter besitzen soll, nicht möglich. Erkenntnishorizont der Gnade ist der gesamte Sachverhalt, eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG ist unmöglich.

Eine Gleichheit im tatsächlichen Sachverhalt hingegen ist faktisch unmöglich (Böllhoff 2012: 68; Pieper 2014: 116).

Andererseits könnte man versucht sein, auch Einzelfallgerechtigkeit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu unterwerfen: Besonders tiefe, aufrichtige Reue müsste dann zwangsläufig stärker honoriert werden als weniger „wertvolle“ Formen der Reflexion über die eigene Tat oder ihr gänzliches Ausbleiben.

Die Gnade kann all das in ihre Erwägungen aufnehmen, sie wiegt aber – anders als das Recht, das sich, wie im Fall *Sauvage* vor dem Strafvollzugsgericht durchaus damit befassen kann (Ilemonde.fr 2016a) – nicht die Reue in „Zeitquanten“²⁵ auf, wie sehr und wann sie sich über jemanden ergießen darf. Auch für Verhältnismäßigkeit braucht es einen Maßstab, ein Bezugsobjekt. Dieses existiert nicht, weil die Unmöglichkeit der Anwendung des Gleichheitssatzes auch verhindert, dass ein Verhältnis im Bezug auf ein anderes beurteilt werden könnte.

Gleichheit und Verhältnismäßigkeit stellen demnach keine Kriterien für gute Gnadenanwendung dar. Dies gilt auch, wenn kein persönlicher, sondern ein allgemeiner Umstand im Sinne der GnO.RP auszugleichen ist.

Denn neben der bisher thematisierten Anwendung bei persönlicher Unbilligkeit von Strafe ist ein breites Anwendungsgebiet auch die Begnadigung bei Mängeln der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung, die nach dem Ergehen des Strafurteils korrigiert wurden, für die ein rückwirkendes Gesetz jedoch nicht vorliegt. Dieser Fall tritt beispielsweise dann ein, wenn vor einer Gesetzesreform gegen einen Täter ein Strafmaß verhängt wurde, das nach der Reform außerhalb des Strafrahmens läge (Geerds 1985: Sp. 614).

Die Begnadigung würde aber auch in diesem Fall nicht den Schuldspruch an sich ändern, sondern die gesellschaftliche Bewertung des Unrechtscharakters einer individuellen Tat zeitlich neu einordnen. Die rechtliche Änderung wäre also selbst nicht direkt ausschlaggebend, sondern wäre nur Ausdruck einer geänderten Bewertung, weil Strafe in ihrer sozialen Dimension Spiegelbild gesellschaftlicher Unwerturteile ist.

Die Codierung dieses Urteils, die sehr viel facettenreicher ist als Schuld – Unschuld, kann auch in einen gegenwärtigen Strafvollzug hineinwirken, wenn z.B. eine Änderung absehbar war, oder die Auswirkungen der Tat noch immer spürbar sind. Auch dann ist aber wieder eine Einzelfallbetrachtung nötig. Eine rein normspezifische Begnadigung – also eine pauschale und fortlaufende Begnadigung aller Personen, die aufgrund desselben Straftatbestandes verurteilt wurden – verfehlte den Zweck der Gnade, der nicht darin besteht, das Staatsoberhaupt zur Gewalt außerhalb und über allen Gewalten zu machen, sondern nur an einer Stelle die Möglichkeit zu ganzheitlicher Gerechtigkeit eröffnen soll.

Sollte also die lebenslängliche Strafandrohung bei Mord tatsächlich entfallen, müssten die Gattinnen aus den „Haustyrannen“-Fällen nicht automatisch alle begnadigt werden. Auch dort wären dann komplexe Erwägungen zu treffen, inwiefern die Norm zum Zeitpunkt ihrer Anwendung gesellschaftliche Akzeptanz genoss, aber auch die sonstigen Tatumstände würden – wie bei jeder anderen Strafmaßbestimmung – in den Blick genommen, die wiederum angesichts vielfältiger Formen individuellen Leidensdrucks sich jeglicher Generalisierung widersetzen.

Festzuhalten ist also vorläufig: Weder ist Gerechtigkeit definitorische Notwendigkeit der Gnade, noch können Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fruchtbar gemacht werden, um die

²⁵ Gewissermaßen als Gegenbewegung zur Bestimmung des Strafmaßes anhand der Schuld nach Fischer (2015): „Wir nehmen das Maß der Schuld, formen es, wie auch immer, in *Zeitquanten* um.“

Zwecksetzung und Eigenart der Gnade, ganzheitliche Gerechtigkeit durch Ablegen von Erkenntnisschranken herbeizuführen, zu verwirklichen.

Willkür und Gnade

Offenbar ist die Gnade also ein Phänomen, welches um seiner Struktur und Funktion willen keine materiell-rechtlichen Bindungen aufweist. Möglicherweise wird die Gnade aber durch andere Techniken auf ihre Zielsetzung hin gelenkt und die Erreichung dieses Ziels gesichert.

Die größte Gefahr stellt dabei „Willkür“ dar; ein Wort, das im allgemeinen Sprachgebrauch pejorativ verwendet wird. Intuitiv wird man Willkür als Dysfunktionalität der Gnade ansehen (so BVerfGE 25, 352 [363]) – oder in ihrem Kern immer einen Hauch Willkür erkennen (so Kodalle 2011: 415; Waldhoff 2014: 132).

Die Definition von Willkür ist mehrdeutig. Das Bundesverfassungsgericht sieht rechtliche Willkür als gegeben, „wenn er [der Richterspruch] unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht“ (BVerfG, 1 BvR 735/09 vom 12.10.2009, Rn. 10). Diese Definition kann bei dieser außerrechtlichen Frage nicht behilflich sein, geht es bei der Gnade doch nicht um rechtliche Vertretbarkeit, sondern um die der Rechtssache „fremden“ Erwägungen. Im allgemeinen Sprachverständnis wird darum nicht allein auf die rechtliche Vertretbarkeit, sondern auf die allgemeine, vernünftige Verwertbarkeit rekurriert: Demnach sei Willkür ein „die allgemein geltenden Maßstäbe, Gesetze, die Rechte, Interessen anderer missachtendes, an den eigenen Interessen ausgerichtetes und die eigene Macht nutzendes Handeln, Verhalten“²⁶. Auf einer semantischen Ebene ist bei dieser komprimierenden Wörterbuch-Definition einiges unklar. Zerlegt man die Definition in zwei Teile, so könnte man annehmen, dass allgemeine Maßstäbe oder Gesetze oder aber die Rechte oder Interessen anderer missachtet sein müssten, um bei einem an den eigenen Interessen oder dem eigenen Machterhalt orientierten Handeln Willkür zu attestieren. Jedoch ist die alleinige Missachtung des Gesetzes keine Willkür, sondern schlicht Gesetzwidrigkeit. Allgemeine Maßstäbe missachtendes Verhalten könnte Unkonventionalität darstellen. Verlangt man neben diesen Oder-Kriterien dann zusätzlich ein Verhalten, das zum eigenen Vorteil geschieht, schiede „selbstlose Willkür“, die aber durchaus im Bereich des Möglichen liegt, aus der Definition aus. Sollte die Definition jedoch nicht aus zwei Teilen bestehen, sondern eine einheitliche Aufzählung von Erscheinungsformen von Willkür darstellen, so wäre jedes am eigenen Interesse ausgerichtete Verhalten Willkür, was den Begriff überdehnen und einem natürlichen Begriffsverständnis widersprechen würde. Eine Möglichkeit wäre dagegen, Willkür als alles aufzufassen, was unbegründet und unbegründbar entschieden wird. Dies wirft dann die Frage auf, ob staatliche Gnade rational sein muss. Das Bundesverfassungsgericht in seiner bereits erwähnten Leitentscheidung zur Gnade sah jegliches irrationale Element als mit der demokratischen Gesellschaft unvereinbar an (BVerfGE 25, 352 [359 f.]; Mickisch 1996: 139 ff.; Blaich 2012: 289). Dagegen wird richtig eingewandt, dass Emotionen in der Rechtsfindung durchaus auch eine positive, allemal berechtigte Rolle spielen und eine Unterscheidung zwischen Emotionen und Irrationalität nicht möglich sei (Raiser 2008: 858; Böllhoff 2012: 53). Auch ein gewisses Maß an Unbegründbarkeit oder mangelnder Nachvollziehbarkeit begegnet bereits im Recht – zum Beispiel bei Beurteilungsspielräumen in pluralistisch besetzten Gremien (kritisch dazu

²⁶ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Willkuer> (zuletzt abgerufen 13.11.2015).

Maurer 2011: § 7 Rn. 45). Offenbar bezieht das Recht selbst – in zugegebenermaßen wenigen und dann auch wieder umgrenzten Bereichen – Irrationalitäten in seine Entscheidungen ein und macht sie dafür möglicherweise gar fruchtbar.

Emotionen erscheinen also bereits als ungeeignetes Mittel, Recht und Willkür voneinander zu trennen – das gilt erst recht für die Abgrenzung von Gnade und Willkür.

Ein anderer denkbarer Ansatz liegt beim Weg zur Entscheidungsfindung. Demnach entfiere Willkür, wenn sich der Entscheidende mit der Frage überhaupt auf irgendeine Weise auseinandergesetzt hat. Wer eine Entscheidung ohne jeden bewussten Gedanken trifft, verdient das Prädikat der Willkür. So wären z.B. viele Entscheidungen im Alltag, die praktisch keine Konsequenzen haben, durchaus als willkürlich zu deklarieren. Wer zwischen zwei Kleidungsstücken, denen man die selbe Präferenz entgegenbringt, auswählt, tut das wohl zwangsläufig zwar nicht zufällig, aber willkürlich, verstanden als gedankenlos.

Das Erfordernis der Konfrontation mit dem Fall bedeutet dann nicht, dass die Begnadigung nach vom Bundesverfassungsgericht als rational anerkannten Gesichtspunkten erfolgen muss. Mitleid als Beweggrund oder ein Gebet zur Entscheidungsfindung ließen eine Entscheidung nicht willkürlich werden.

Eine solche Abgrenzung von Gnade zu Willkür ist eine wenig voraussetzungsvolle. Die Sicherung dieser Abgrenzung könnte einerseits in der Umgebung des Instituts selbst, und wenn diese versagt, andererseits vor Gerichten geleistet werden. Diese Sicherung geschieht dann durch rechtliche Begleitmaßnahmen. Es wird sich zeigen, dass diese flankierende Regelhaftigkeit gerade nicht einschränkend, sondern freiheitssichernd für das Institut wirkt.

Formelle Einfassungen

In der Umgebung des Instituts werden formelle Einfassungen durch Zuständigkeits- und Verfahrensregeln vorgenommen.

Das Begnadigungsrecht wird in Deutschland auf Bundesebene in der Theorie vom Bundespräsidenten, auf Landesebene in der Theorie zumeist vom Ministerpräsidenten ausgeübt (Böllhoff 2012: 36). In der Praxis stellt sich die Gnadenausübung sehr viel weniger personengebunden dar.

Gleichwohl Gnadenentscheidungen zumeist zwar fast nie „im Namen“ des verfassungsrechtlich Zuständigen getroffen werden, sondern i.d.R. „im Auftrag des Justizministers“, der das Begnadigungsrecht vom Ministerpräsidenten delegiert bekommen hat, bleibt eine persönliche Befassung des Justizministers oder des Ministerpräsidenten möglich; die Verantwortung für die Entscheidung der ermächtigten Mitarbeiter trägt der Justizminister oder Ministerpräsident stets weiterhin (Böllhoff 2012: 116 f.; Klein 2001: 107, der die Praxis für verfassungswidrig hält). Dieser Rekurs ist als verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren ausgestaltet (Nr. 41 GnO.RP)

Die initialen Gnadenträger sind als Politiker einem politischen Diskurs ausgesetzt; dieser kann Entscheidungen zu seinem Gegenstand machen und den Streit darum austragen. Der Diskurs hilft zu ergründen, ob die Strafe in der gesellschaftlichen Gesamtschau noch als sinnvoll zu bewerten ist. Die Einschätzung des Gnadenträgers über die Person des Begnadigten bleibt gleichwohl individuell. Verknüpft mit den Kontrollbefugnissen der anderen Staatsorgane, insbesondere des Parlaments und darin der Opposition, ergibt sich eine „politische Verantwortlichkeit“ (BVerfGE 25, 352 [363]). Diese ist auf der Ebene des Landes bei den Gnadenträgern problemlos gegeben. Auf Bundesebene mögen die handfesten Kontrollbefugnisse gegenüber dem Bundespräsidenten

schwächer sein, der Diskurs um die dort verhandelten Fälle – wie die um ehemalige RAF-Terroristen – ist jedoch meist stärker, sind die Fälle doch brisanter. Der Mangel an Kontrollbefugnissen könnte zudem dadurch ausgeglichen werden, dass in der Staatspraxis die Gnadenakte des Bundespräsidenten wie Anordnungen und Verfügungen gem. Art. 58 GG vom Bundesjustizminister gegengezeichnet werden (Herzog in Maunz, Dürig und Herzog 2016: Art. 60 Rn. 37). Dieser kann die Gegenzeichnung verweigern (Herzog in Maunz, Dürig und Herzog 2016: Art. 60 Rn. 38; anders Pieper 2014: 95). Ob damit faktisch eine zweite Gnadeninstanz geschaffen wurde oder sich damit die Begnadigungsgewalt vom Bundespräsidenten auf den politisch sehr viel stärker verfügbaren Bundesjustizminister verlagert hat, kann aus der Außenperspektive schwer bestimmt werden. In der Regel wird aber wohl der Bundesjustizminister die individuelle Entscheidung des Staatsoberhauptes respektieren, ohne sie teilen zu müssen, und verantworten, ohne sie in Gänze begründen zu können.

Insgesamt ist politischer Diskurs jedoch eine voraussetzungsvolle Angelegenheit, die eine Vielzahl an Gelingensbedingungen aufweist. Die schwache Rückbindung an einen hochrangigen Amtsträger erschwert die Verweisung auf politische Verantwortlichkeit zusätzlich. Der hohe Rang des originären Gnadenträgers und seine persönliche Autorität können mithin nicht (mehr) allein als Strategie zur guten Gnadenausübung gelten.

Doch auch wenn nicht mehr der charismatische Herrscher über die Begnadigung entscheidet, wenn auch zumeist nicht die in der Verfassung bestimmten Organe begnadigen, so wird die Befugnis immerhin doch stets von einer Person ausgeübt, die für den Staat handelt.²⁷

Zu dieser Form staatlicher Gnadenausübung gibt es keine Alternative, wenn sie einerseits praktisch handhabbar, andererseits aber natürlich hinreichend legitimiert sein will. Legitimation geschieht auch über Personenketten (BVerfGE 47, 253 [275]; Böckenförde 2004: § 24 Rn. 16 ff.). Die initialen Gnadenträger Monarch, Bundespräsident und Ministerpräsident sind alle auf eine Weise legitimiert, die ihre Anknüpfung an die Gnade gebende Instanz gewährleistet. Der Monarch von Gottes Gnaden schöpfte seine Gnadenbefugnis von Gott. Die demokratisch gewählten Oberhäupter haben dieses Verständnis abgelegt. Gnade im säkularen Staat fließt aus der Menschenwürde aus. Sie ist tragendes Prinzip des Staates, dessen Gewalt vom Volke ausgeht.

Die Vielzahl von Organwaltern, die für Gnadensachen zuständig sind, bringt jedoch mit sich, dass kaum Kontinuität in den Entscheidungsmustern möglich ist. Denn wenn Gnade anders als das Recht keine klar definierte Erkenntnisgrenze hat, ist ihre Erkenntnisgrenze deckungsgleich mit der menschlichen. Diese aber mag von Organwalter zu Organwalter verschieden sein. Ohne klar definierte Erkenntnisgrenzen werden unterschiedliche Menschen immer unterschiedliche Entscheidungen treffen. Diese Subjektivität ist jedoch der einzige Weg, allein auf das Gerechtigkeitsgefühl gestützt mögliche Unbilligkeit auszugleichen. Ein Ausfluss aus der Menschenwürde kann nicht ernsthaft verworfen werden, weil er menschliche Grenzen berühren oder gar überschreiten könnte. Diese Unterschiedlichkeit der menschlichen Erkenntnisgrenzen zeigt sich somit als Folge der besonderen Struktur der Gnade.

Diese besondere Struktur wird durch Verfahrensvorschriften in den Gnadenordnungen der Länder angenommen und durch ihre Verarbeitung gute Gnadenausübung befördert. Die Gnadenordnungen regeln nicht nur die Zuständigkeit für Gnadensachen, sondern u.a. auch die Einleitung des Verfahrens, wer daran mit – natürlich für den Ausgang des Verfahrens nicht

²⁷ Diese ist dann übrigens zwingend verbeamtet, jedenfalls nicht „nur“ angestellt; vgl. z.B. Nr. 5 Abs. 1 GnO.RP.

bindenden – Stellungnahmen beteiligt wird und regeln die Aktenführung. Diese umfassende Einbindung in die Verwaltungen und ihre Abläufe sorgt beim Gnadenträger für eine Beschäftigung mit dem Fall und sichert eine umfassende Sachverhaltsaufklärung. Dies ermöglicht, dass menschliche Erkenntnisgrenzen tatsächlich ausgeschöpft werden können und sie nicht durch ungenügende Sachverhaltsaufklärung verengt werden.

Die dann verbleibende menschliche Erkenntnisgrenze ist auch eine Grenze von Sagbarkeit und Begründbarkeit. Wohl auch darum ergehen Gnadenentscheidungen in der Regel ohne Begründung (Blaich 2012: 262 ff.).²⁸

Dieser Rest, der verbal, erst recht nicht rechtlich, zu fassen ist, ist Kern des Instituts. Ihn zu bewahren und gleichzeitig nicht ausufern zu lassen, ist Leistung des Verfahrens.

Konsequenzen der Menschenwürde für die Gestalt der Gnade

Gnade kann also ihre Existenz auf die Menschenwürde zurückführen. Rechtliche Einfassungen sollen sichern, dass die Gnade tatsächlich im Hinblick auf ihre daraus ableitbare Zielsetzung, die Ermöglichung ganzheitlicher Gerechtigkeit, betätigt wird. Damit ergeben sich aber auch aus der Menschenwürde selbst zusätzliche Gebote für die Ausgestaltung der Einfassungen.

Die bestehenden Zuständigkeits- und Verfahrensregeln sind selbst als Ergebnis der Moderationsleistung der Menschenwürde zu begreifen. Denn nicht nur limitiert die Würde die Gnade, um auf den vorgeschalteten Stufen Mittel des Rechtes zu aktivieren; Rechtssicherheit selbst hat bei der Wahrung der Menschenwürde einen hohen Stellenwert. Rechtssicherheit wird maßgeblich durch Verfahren und Ansprüche gewährt. Diese entfalten ihrerseits einen eigenen, inhärenten Würdegehalt, wie der Paraphrase der Menschenwürde als „Recht, Rechte zu haben“ (Arendt 1949, 760) implizit und explizit der These nach Avischai Margalit, Rechtsansprüche seien würdewahrend (Margalit 1997: 276; s. auch Mieth 2009: 140 ff.; Schaber 2013: 58; Birnbacher 2013: 58 f.), entnommen werden kann (so auch Munsonius 2016: 15).

Existiert dann aber nicht doch auch ein Anspruch auf Gnade? Zweifelsohne zeigt das Verhältnis von Ansprüchen und Menschenwürde, dass der Konnex von Gnade und Würde nicht einfach zu haben ist. Doch es wäre offensichtlich widersinnig, doch wieder Ansprüche anzunehmen, wenn man die Skepsis gegen die Perfektion eines menschlichen, im Voraus etablierten Systems ernst nimmt. Ansprüche sind nur innerhalb eines Rechtssystems denkbar, weil sie einen Maßstab brauchen, mit Tatbeständen und Rechtsfolgen operieren. Gerade das wurde bei der Gnade als unmöglich aufgewiesen. Gnade kann mangels Anwendbarkeit von Gleichheits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht eingeklagt werden. Durch Ansprüche vermittelte Rechtssicherheit mag einen hohen Stellenwert haben; absolut ist er nicht, sondern auch wieder nur soweit zu etablieren, wie der Würde noch gedient ist und gedient werden kann.

Was jedoch die Würde für die Ausgestaltung der Einfassungen wohl gebietet, ist einerseits, dass es einen Anspruch gibt, jederzeit ein Gnadengesuch stellen zu dürfen und man darin nicht behindert werden darf (mit anderer Begründung Blaich 2012: 65). Das ist insofern offensichtlich, als dass der Zugang zum Institut Voraussetzung ist, damit die Gnade ihre Wirkung entfalten kann. Weil Zeitablauf kein (festes) Kriterium feststellen darf, weil sonst eine so etwas festlegende Gnadenordnung durch eine Wartezeit in eine materielle Frage, nämlich die der Gnadenwürdigkeit,

²⁸ Ausnahmen bilden Nordrhein-Westfalen, wo § 18 II GnO zu einer Begründung „in geeigneten Fällen“ anhält, und Nr. 17 Abs. 4 GnO.RP.

eingreifen würde, kann ein Gnadengesuch jederzeit gestellt werden.²⁹ Auf das Recht zum Stellen eines Gnadengesuchs kann nicht verzichtet werden. Im Gegensatz dazu kann der Gnadensuchende jedoch die Gnadenbehörde hindern, eine rechtliche Lösung für sein Begehren zu prüfen.³⁰

Im Hinblick auf die Herleitung des rechtlichen Gehörs bzw. des Anhörungserfordernisses durch das Bundesverfassungsgericht aus der Menschenwürde scheint zudem – im Gegensatz zu den Gnadenordnungen, die eine solche Regelung, soweit zu blicken ist, nicht vorsehen – eine Anhörung des zu Begnadigenden zwingend. Gnadenakte können auch von Amts wegen ergehen.³¹ Auch wenn sie im herkömmlichen Sinne und auf den ersten Blick nicht „belastend“ im verwaltungsrechtlichen Sinne sind, könnte eine Begnadigung sehr ungnädige Züge annehmen, wenn ein Straftäter gegen seinen Willen begnadigt wird, ohne dass er Vorsorge für ein Obdach „draußen“ getroffen hat, er gewissermaßen „auf die Straße begnadigt“ wird und somit in prekäre Lebensverhältnisse fällt. Obwohl das Bundesverfassungsgericht die „Würde der Person“ in Stellung brachte in einem Fall, in dem es um die Anhörung bei Erlass eines Haftbefehls – und damit eines eindeutig belastenden Akts – ging, scheinen die Überlegungen doch auch auf die begünstigende Gnadensituation zu passen, insbesondere im Lichte der Entobjektifizierung, die die Gnade leisten soll: Die „Würde der Person“ fordere,

„dass über ihr Recht nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt wird; der Einzelne soll nicht nur Objekt richterlicher Entscheidung sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können.“ (BVerfGE 9, 89 [95])

Das „Recht“ oder der „Anspruch“ des Straftäters ist es sicherlich nicht, inhaftiert zu bleiben oder seine verhängte Strafe auch absitzen zu „dürfen“ (schließlich ist der Strafanspruch ein rein staatlicher, auch der Straftäter selbst hat darauf kein Recht; vgl. auch Grewe 1936: 57 f.), aber wohl doch, nicht völlig unvorbereitet in eine Situation geworfen zu werden, die in ihrer Freiheit gleichwohl vielfältige belastende Elemente aufweisen kann. Ein solches Anhörungserfordernis ist darum auf formeller Ebene in den Gnadenordnungen vorzusehen.

Ob darüber hinaus auch ein Zustimmungserfordernis vorzusehen ist, ist umstritten (dagegen Merten 1978: 56; Schätzler 1992: 184; dafür wohl Dombois 1961: 174). Die Frage ist in ihrer Diskussion wiederum an ein Vorverständnis angeknüpft, dessen Fronten jedoch nicht zwischen „christlich“ und „säkular“ zu liegen scheinen oder zwischen „göttlicher Schenkung“ und „menschlicher Schenkung“ oder zwischen „unverdient“ und „verdient“. Mit Blick auf eine Ablehnung sämtlicher Objektifizierung und in konsequenter Weiterführung der Verfassungsgerichtsrechtsprechung kann die Frage wohl nur bejaht werden kann.

²⁹ Vgl. Nr. 7 Abs. 1 S. 1 GnO.RP: „Gnadengesuche sind an keine Frist gebunden und bedürfen keiner Form.“

³⁰ Vgl. Nr. 9 Abs. 1 S. 4 GnO.RP: „Satz 1 findet keine Anwendung, wenn ausdrücklich erklärt wird, daß ausschließlich eine Entscheidung im Gnadenwege angestrebt wird.“ – Satz 1 schreibt der Gnadenbehörde vor, eine rechtliche Lösung des Problems zu prüfen.

³¹ Vgl. nur Nr. 6 Abs. 1 GnO.RP: „Regt die mit einer Sache befaßte Stelle einen Gnadenerweis an, leitet die Gnadenbehörde ein Gnadenverfahren von Amts wegen ein.“

Ergebnis

Auf den tradierten Vorstellungen fußend ist die Gnade wohl tatsächlich, wie das Bundesverfassungsgericht 1969 diagnostizierte, „überkommen“. Ich habe dargestellt, dass eine zeitgemäße, säkulare Begründung der Gnade notwendig und möglich ist, wenn man sie an das Staatskonstitutionsprinzip der Menschenwürde rückbindet. Dieser Ansatz ist neu und scheint fruchtbar. Während die Gnade gemeinhin als Störung, Bruch, Fremdkörper oder Nivellierung der Rechtsordnung gesehen wird, gelingt es durch die Einordnung in ein Handlungskontinuum, das in seiner Gesamtheit der Verwirklichung und Wahrung der Menschenwürde verpflichtet ist, sie also als logische Fortsetzung nach Ausschöpfung vorangegeganener Lösungsmechanismen zu betrachten; scharfe Übergänge in der bisherigen Literatur sind zu scharf gezeichnet.

Recht ist nicht perfekt. Es kann den Menschen nicht in seiner Gänze fassen. Das ist auch eine anthropologische Einsicht (und ein Desiderat, handelte es sich doch sonst um eine Rechtsordnung mit totalitären Zügen). Ein imperfektes Rechtssystem muss responsiv bleiben für die Menschen, die ihm Folge leisten sollen. Diese Responsivität, die eine Relativierung des Rechtsstaats aufgrund des Primats der Menschenwürde ist, wird durch die Gnade gesichert. Gleichzeitig darf um der Menschenwürde willen, die in engem Bezug zum Rechtsstaat steht, die Gnade erst dann aktiviert werden, wenn das Recht nicht mehr abhelfen kann. Dieser Vorrang kommt ebenfalls in dem Kontinuum staatlicher Handlungsformen zum Ausdruck und zeigt die Gnade dann aber als seine letzte Stufe als funktionengerecht im Hinblick auf die Gerechtigkeitsreserve Verfassung an.

Das von der Menschenwürde vorgegebene Ziel der ganzheitlichen Gerechtigkeit gebietet die Sicherung durch bestimmte Verfahrensvorschriften; Zuständigkeiten spielen mangels eines charismatischen Entscheiders hingegen eine nachgeordnete Rolle. Die Durchsetzung der Verfahrensvorschriften kann Gegenstand gerichtlicher Verfahren sein.³² Die materielle Gnadenentscheidung wird dadurch nicht justiziabel.

Weiterer Forschungsbedarf

Dieser Text bleibt einen Vergleich mit dem kirchlichen Recht schuldig, in dem der Topos der Gnade eine herausragende Rolle spielt und die Grenzen zwischen Außen und Innen, zwischen Positivität und dem Überpositiven anders verlaufen mögen.

Zu bewerten bleibt, inwiefern man bei der Etablierung der Härtefallkommissionen von Gnadeninstanzen reden kann, und, wenn man zu dieser Einschätzung kommt, diese „Karriere“ als Einbruch der Gnade in das Verwaltungswesen nicht geschichtlich einen Rückschritt darstellt.

Auszuwerten bleibt weiterhin, wie stark die hier gewonnenen Einsichten sich übertragen lassen auf andere westliche Rechtssysteme, insbesondere solche, die die Menschenwürde nicht explizit in ihre Verfassungstexte aufgenommen haben. Jedoch wird dort in Rechnung zu stellen sein, dass auch diese Länder zumindest in jüngerer Zeit das Konzept der Menschenwürde in ihr Rechtssystem integriert haben oder mit ihm bekannt sind, wie sich schon an dem insofern eindeutigen Wortlaut von Art. 1 der UN-Menschenrechtserklärung vom 10. Dezember 1948 zeigt.

³² Z.B. in Gestalt eines Organstreitverfahrens gegen einen Bundespräsidenten, der in einem Ausmaß begnadigt, dass man von einer Amnestie sprechen muss oder mittels einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften; hier wäre dann eine u.U. Ausnahme von § 44a VwGO anzunehmen.

Literaturverzeichnis

- Anschütz, Gerhard. 1929. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. 10. Auflage. Berlin: Stilke (De Gruyter).
- Anselm, Reiner. 2004. Art. Zweireichelehre I. In: Gerhard Müller u.a. (Hg.). *Theologische Realenzyklopädie*. Band 36. Berlin: De Gruyter, S. 776–784.
- Arendt, Hannah. 1949. Es gibt nur ein einziges Menschenrecht. *Die Wandlung* 4: 754–770.
- Baldus, Manfred. 2016. *Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Becker, Ulrich. 1996. *Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Birkhoff, Hansgeorg und Michael Lemke. 2012. *Gnadenrecht – ein Handbuch*. München: C.H. Beck.
- Birnbacher, Dieter. 2013. Schutz vor Demütigung als Grundrecht? In: Eric Hilgendorf (Hg.). *Menschenwürde und Demütigung*. Baden-Baden: Nomos, S. 69–80.
- Blaich, Kathrin. 2012. *System und rechtsstaatliche Ausgestaltung des Gnadenrechts*. Baden-Baden: Nomos.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 1967. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. Stuttgart: Kohlhammer, S. 75–94.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 2004. § 24 – Demokratie als Verfassungsprinzip. In: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts. Band II*. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, S. 429–496.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 2013. *Recht, Staat, Freiheit*. 5. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Böllhoff, Cornelius. 2012. *Begnadigung und Delegation*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Deiß, Marina. 2008. *Gnade für Gnadenlose?*, Marburg: Tectum.
- Dimoulis, Dimitri. 1996. *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Dombois, Hans. 1961. *Das Recht der Gnade. Band I*. Witten: Luther.
- Faz.net. 2007. *Christian Klar wird nicht begnadigt*. Online verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/koehler-entscheidet-christian-klar-wird-nicht-begnadigt-1433828.html> (Zugriff am 07.05.2007).
- Fischer, Thomas. 2015. *Schafft Lebenslang ab!* Online verfügbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/lebenslange-freiheitsstrafe-schuld/komplettansicht> (Zugriff am 24.02.2015).
- Geerds, Friedrich. 1960. *Gnade, Recht und Kriminalpolitik*. Tübingen: Mohr.
- Geerds, Friedrich. 1985. Art. Begnadigung und Amnestie. In: Görres-Gesellschaft (Hg.). *Staatslexikon*. Freiburg: Herder, Sp. 612–615.

Graf, Jürgen Peter (Hg.). 2017. *Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra*. Stand: 27. Edition. München: C.H. Beck.

Grewe, Wilhelm. 1936. *Gnade und Recht*. Hamburg: Hanseatische Verlags-Anstalt.

Harden, Thomas. 2014. Einblicke in die Gnadenpraxis am Beispiel Nordrhein-Westfalen. In: Christian Waldhoff (Hg.). *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?* Berlin: Duncker & Humblot, S. 75–88.

Heinig, Hans Michael. 2015. Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung? *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* 75: 65–104.

Heinig, Hans Michael. 2017 (im Erscheinen). Unabwägbarkeit der Menschenwürde und Würdekollisionen. *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* 51.

Hermes, Eilert. 1994. Art. Obrigkeit. In: Gerhard Müller u.a. (Hg.). *Theologische Realenzyklopädie. Band 24*. Berlin: De Gruyter, S. 723–759.

Hesse, Konrad. 1991. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 18. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.

Holste, Heiko. 2003. Die Begnadigung – Krönung oder Störung des Rechtsstaats? *Jura* 2003: 738–742.

Hömig, Dieter. 2007. Gnade und Verfassung. *Deutsches Verwaltungsblatt* 2007: 1328–1335.

Hong, Mathias. 2010. Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70: 73–126.

Hong, Mathias. 2016. Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, Habilitationsschrift 2016.

Huba, Hermann. 1990. Gnade im Rechtsstaat? *Der Staat* 29: 117–124.

Huber, Ernst Rudolf. 1939. *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*. 2. Auflage. Hamburg: Hanseatische Verlags-Anstalt.

Hufen, Friedhelm. 2014. *Staatsrecht II*. 4. Auflage. München: C.H. Beck.

Kahl, Wolfgang, Christian Waldhoff und Christian Walter. 2016. *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Stand: 182. Aktualisierung 2016. Loseblattsammlung. München: Vahlen.

Kakies, Dieter. 1963. Sind Gnadenentscheidungen gerichtlich nachprüfbar? Unveröffentlichte Dissertation. Hamburg: Universität Hamburg.

Klein, Alfons. 2001. *Gnade – ein Fremdkörper im Rechtsstaat?* Frankfurt am Main: Lang.

Klein, Friedrich. 1950. Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes. *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer* 8: 67–164.

Kodalle, Klaus-M. 2011. Das „Recht der Gnade“ im Rechtsstaat. In: Kristian Kühl und Gerhard Seher (Hg.). *Rom, Recht, Religion*. Tübingen: Mohr, S. 401–433.

König, Manfred. 1961. Grundrechtsbindung und gerichtliche Nachprüfung von Gnadenakten. Unveröffentlichte Dissertation. Tübingen: Universität Tübingen.

Kopp, Ferdinand. 1986. Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft. In: Richard Bartlspenger (Hg.). *Festschrift für Klaus Obermayer*. München: C.H. Beck, S. 53–64.

Larenz, Karl. 1991. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Auflage. Berlin: Springer

Lemonde.fr. 2016a. *Jacqueline Sauvage fait finalement appel de son maintien en détention*. Online verfügbar unter: http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/08/21/jacqueline-sauvage-fait-finalement-appel-de-son-maintien-en-detention_4985694_1653578.html#vQFRip5Qpb9cgg5R.99 (Zugriff am 21.08.2016).

Lemonde.fr. 2016b. *Jacqueline Sauvage renonce à se pourvoir en cassation après le rejet de sa demande de conditionnelle*. Online verfügbar unter: http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/11/25/jacqueline-sauvage-renonce-a-se-pourvoir-en-cassation-apres-le-rejet-de-sa-demande-de-conditionnelle_5038214_1653578.html#lvPQQjG18rSQFFmm.99 (Zugriff am 25.11.2016).

Lemonde.fr. 2016c. *François Hollande accorde une grâce totale à Jacqueline Sauvage*. Online verfügbar unter: http://www.lemonde.fr/societe/article/2016/12/28/francois-hollande-accorde-une-grace-totale-a-jacqueline-sauvage-liberable-immEDIATEMENT_5054925_3224.html (Zugriff am 28.12.2016).

Lessmann, Constanze. 2003. *Die Arbeit der Gnadenausschüsse in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Logos.

Luhmann, Niklas. 1983. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas. 1995. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Margalit, Avishai. 1997. *Politik der Würde. Über Achtung und Verachtung*. Berlin: Alexander Fest Verlag.

Maunz, Theodor, Günter Dürig und Roman Herzog (Hg.). 2016. *Grundgesetz*. Stand: 78. Auflage 2016. Loseblattsammlung. München: C.H. Beck.

Maurer, Hartmut. 2010. *Staatsrecht I*. 6. Auflage. München: C.H. Beck.

Maurer, Hartmut. 2011. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. Auflage. München: C.H. Beck.

Meier, Bernd-Dieter. 2000. Amnestie und Gnade im System des Rechts – Störfaktor oder notwendiges Korrektiv? In: Wolfgang Vögele (Hg.). *Gnade vor Recht oder gnadenlos gerecht? Amnestie, Gerechtigkeit und Gnade im Rechtsstaat*. Rehburg-Loccum: Evangelische Akademie Loccum, S. 43–.

Meier, Frank. 2016. *Gilt das Verbot der Folter absolut?* Münster: mentis.

Meier, Horst. 2012. *Protestfreie Zonen? Variationen über Bürgerrechte und Politik*. Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag.

Merten, Detlef. 1978. *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*. Berlin: Duncker & Humblot.

Mickisch, Christian. 1996. *Die Gnade im Rechtsstaat*. Frankfurt am Main: Lang.

Mieth, Corinna. 2009. Menschenwürde und soziale Gerechtigkeit. In: Christian Thies (Hg.). *Der Wert der Menschenwürde*. Paderborn: Schöningh, S. 133–148.

Montesquieu, Charles-Louis. 1748. *De l'Esprit des lois*. Genf.

- Morlok, Michael. 1988. *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?* Berlin: Duncker & Humblot.
- Morlok, Michael. 2006. Art. Verfassung. In: Werner Heun (Hg.). *Evangelisches Staatslexikon*. 4. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, Sp. 2556–2562.
- Morlok, Michael. 2014. *Soziologie der Verfassung*. Tübingen: Mohr.
- Moxter, Michael. 2004. Anrufung einer stummen Gottheit. Gerechtigkeit und Billigkeit in theologischer Perspektive. In: Kai Horstmann, Michael Hüttenhoff und Heinz Koriath (Hg.). *Gerechtigkeit – eine Illusion?* Münster: LIT Verlag, S. 89–102.
- Moxter, Michael. 2011. Die Kirche und ihr Recht. Perspektiven einer theologischen Annäherung an den Rechtspositivismus. *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 56: 113–139.
- Muckel, Stefan. 2010. Verbot einer Versammlung zum Gedenken an Rudolf Heß. *Juristische Arbeitsblätter* 42: 236–237.
- Müller, Georg. 1981. Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle. In: Jörg Paul Müller (Hg.). *Festschrift für Hans Huber*. Bern: Stämpfli, S. 109–126.
- Munsonius, Hendrik. 2016. Barmherzigkeit und Recht. *Evangelische Orientierung* 1/2016: 15–16.
- Pascual, Julia und Nicolas Scheffer. 2016. *Graciée. Jacqueline Sauvage reste en prison*. Online verfügbar unter: http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/08/13/graciee-jacqueline-sauvage-reste-en-prison_4982248_1653578.html?xtmc=jacqueline_sauvage&xtcr=22 (Zugriff am 13.08.2016).
- Pfleiderer, Georg. 2006. Prozessualität der Menschenwürde. In: Petra Bahr und Hans Michael Heinig (Hg.). *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*. Tübingen: Mohr, S. 149–178.
- Pieper, Stefan Ulrich. 2014. Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme. In: Christian Waldhoff (Hg.). *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?* Berlin: Duncker & Humblot, S. 89–130.
- Radbruch, Gustav. 1932. *Rechtsphilosophie*. 3. Auflage. Leipzig: Quelle & Meyer.
- Radbruch, Gustav. 1946. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1: 105–108.
- Raiser, Thomas. 2008. Max Weber und die Rationalität des Rechts. *Juristenzeitung* 63: 853–859.
- Rath, Christian. 2008. *Ex-RAF-Terrorist Klar ab Januar frei*. Online verfügbar unter: <http://www.taz.de/15172248/> (Zugriff am 24.11.2008).
- Rüping, Hinrich. 1975. Die Gnade im Rechtsstaat. In: Gerald Grünwald (Hg.). *Festschrift für Friedrich Schaffstein*. Göttingen: Schwartz, S. 31–44.
- Rüthers, Bernd, Christian Fischer und Axel Birk. 2016. *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 9. Auflage. München: C.H. Beck.
- Schaber, Peter. 2013. Würde als Grundbegriff der Moral. In: Eric Hilgendorf (Hg.). *Menschenwürde und Demütigung*. Baden-Baden: Nomos, S. 53–62.
- Schätzler, Johann-Georg. 1992. *Handbuch des Gnadenrechts*. 2. Auflage. München: C.H. Beck.

Schneider, Gerhard. 1991. Anmerkungen zum Begnadigungsrecht. *Monatsschrift für deutsches Recht* 1991: 101–104.

Schulze-Fielitz, Helmut. 2006. Art. Gnadenakte. In: Werner Heun (Hg.). *Evangelisches Staatslexikon*. 4. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, Sp. 886–887.

Seuffert, Walter. 1970. Über gerichtsfreie Akte und die Grenzen des Rechts. In: Theodor Ritterspach und Willi Geiger (Hg.). *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen: Mohr, S. 491–502.

Teubner, Gunther. 2007. Gerechtigkeit in der Selbstbeschreibung des Rechtssystems. *Soziale Systeme* 13: 304–316.

Volkman, Uwe. 2010. Die Geistesfreiheit und der Ungeist – Der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift* 2010: 417–420.

von der Pfordten, Dietmar. 2013. *Rechtsphilosophie*. München: C.H. Beck.

Waldhoff, Christian. 2014. Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung? In: Christian Waldhoff (Hg.). *Gnade vor Recht – Recht durch Gnade?* Berlin: Duncker & Humblot, S. 131–150.

Wussow, Ulrich. 1989. Zur Problematik von Gnadenentscheidungen. *Der öffentliche Dienst* 42: 105–111.

Norm- und Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GnO.RP	Gnadenordnung Rheinland-Pfalz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
Verf.BE	Verfassung des Landes Berlin
Verf.BY	Verfassung des Freistaates Bayern
Verf.HE	Verfassung des Landes Hessen
Verf.NI	Niedersächsische Verfassung
Verf.SN	Verfassung des Freistaates Sachsen
Verf.RP	Verfassung für Rheinland-Pfalz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

Art. 1 Abs. 1 GG	Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.
Art. 3 Abs. 1 GG	Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
Art. 5 Abs. 1 GG	Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.
Art. 5 Abs. 2 GG	Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.
Art. 20 Abs. 3 GG	Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.
Art. 58 GG	Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder durch den zuständigen Bundesminister. Dies gilt nicht für die Ernennung und Entlassung des Bundeskanzlers, die Auflösung des Bundestages gemäß Artikel 63 und das Ersuchen gemäß Artikel 69 Abs. 3.
Art. 60 Abs. 2 GG	Er übt im Einzelfalle für den Bund das Begnadigungsrecht aus.
Art. 81 S. 1 Verf.BE	Das Recht der Begnadigung übt der Senat aus.

Art. 47 Abs. 4 Verf.BY	Er übt in Einzelfällen das Begnadigungsrecht aus.
Art. 109 Abs. 1 S. 1 Verf.HE	Der Ministerpräsident übt namens des Volkes das Recht der Begnadigung aus
Art. 36 Abs. 1 Verf.NI	Die Ministerpräsidentin oder der Ministerpräsident übt im Einzelfall das Begnadigungsrecht aus. Sie oder er kann ihre oder seine Befugnisse auf andere Stellen übertragen.
Art. 103 Abs. 1 Verf.RP	Der Ministerpräsident hat das Recht, im Wege der Gnade rechtskräftig erkannte Strafen zu erlassen oder zu mildern. Durch Gesetz kann dieses Recht bei Verurteilung durch die ordentlichen Gerichte dem Minister der Justiz, in den übrigen Fällen jedem Minister für seinen Geschäftsbereich übertragen werden.
Art. 67 Abs. 1 Verf.SN	Der Ministerpräsident übt das Begnadigungsrecht aus. Er kann dieses Recht, soweit es sich nicht um schwere Fälle handelt, mit Zustimmung der Staatsregierung auf andere Staatsbehörden übertragen.
§ 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG	Bei Stimmgleichheit kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden.
§ 44a VwGO	Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen können nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Dies gilt nicht, wenn behördliche Verfahrenshandlungen vollstreckt werden können oder gegen einen Nichtbeteiligten ergehen.
Nr. 4 GnO.RP	Gnadenerweise haben Ausnahmecharakter. Sie dienen insbesondere dazu, Unbilligkeiten bei nachträglich bekanntgewordenen oder eingetretenen allgemeinen oder persönlichen Umständen auszugleichen. Auch rechtliche Gründe können eine Änderung oder Milderung der Rechtsfolgen gebieten. Ein Gnadenerweis kommt nicht in Betracht, wenn die Rechtsordnung unerträglich verletzt würde.
Art. 1 UN-Menschenrechtserklärung	Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.