

Christiane Wilke

Gespenstisches Erbe

Die Gegenwart von NS-Rechtsbeugungsfällen in den BGH-Urteilen zur Rechtsbeugung von DDR-Richtern

Wie setzen sich Gerichte mit vergangenem Recht und Unrecht auseinander? Was geschieht, wenn die DDR und das NS-Regime zusammen als „doppelte Vergangenheit“ ins Blickfeld geraten? In diesem Beitrag gehe ich der Frage nach, wie in BGH-Entscheidungen zur Rechtsbeugung in der DDR die früheren Rechtsbeugungsprozesse gegen NS-Juristen reflektiert wurden.

Die Versuche, die NS-Richter und NS-Staatsanwälte zur Verantwortung zu ziehen, gelten allgemein als gescheitert. Der BGH setzte seit den 1950er Jahren hohe Hürden für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung an.¹ Im Ergebnis wurden *keine* NS-Berufsrichter und Staatsanwälte wegen Rechtsbeugung verurteilt.² In den 1990er Jahren standen DDR-Richter/innen und DDR-Staatsanwält/innen vor Gericht, weil sie Unrechtsurteile gesprochen haben sollten. Hier entwickelte der BGH eine Rechtsprechung, die in vielen Grundprinzipien an die NS-Fälle angelehnt war, unter anderem aber beim kritischen Punkt des Vorsatzes von ihr abwich.³

In den Prozessen gegen Richter/innen und Staatsanwält/innen der DDR kam es zu einigen Verurteilungen und viel normativer Unsicherheit: Es wurden 224 Prozesse wegen Rechtsbeugung in der DDR gegen 274 Angeklagte geführt. Nur 59 der Fälle endeten in Urteilen. In 32 dieser Urteile erging ein Freispruch. Von den 27 für schuldig befundenen DDR-Jurist/innen wurden 23 zu Gefängnisstrafen auf Bewährung und zwei zu Gefängnisstrafen ohne Bewährung verurteilt. Es gab eine Geldstrafe.⁴ Diese Statistiken belegen zwar, dass es mehr Anklagen und weniger Urteile für Rechtsbeugung als für Mauertote gegeben hat.⁵ Jedoch sprechen die Zahlen nur indirekt über das, was in und mit diesen Rechtsbeugungsprozessen geschehen ist. Eine Analyse der BGH-Rechtsbeugungsurteile der 1990er Jahre legt nahe, dass die NS-Rechtsbeugungsfälle zu diesem Zeitpunkt nicht als vergangen empfunden wurden. Der zeitliche Abstand brachte keinen emotionalen Abstand mit sich. Stattdessen schien es, dass diese zwei Gruppen von Fällen nebeneinander standen, gleichzeitig präsent waren, aufeinander einwirkten und nicht den ihnen gebührenden Abstand von einigen Jahrzehnten einhielten. Diese Präsenz, so meine These, war eine gespenstische Anwesenheit. Es spukt in den BGH-Entscheidungen zur Rechtsbeugung in der DDR.

Gespenster signalisieren die spürbare Präsenz von etwas Abwesendem, die Gleichzeitigkeit von Ungleichzeitigem; sie bringen die Zeit aus den Fugen.⁶ Ge-

1 BGHSt 10, 294.

2 Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003; von Miquel, Ahnden oder Amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, 2004.

3 Vgl. Quasten (Fn. 2).

4 Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, 1999, S. 199, 202, 210.

5 Vgl. Marxen/Werle (Fn. 4), S. 199, 202, 210.

6 Siehe Gordon, Ghostly Matters: Haunting and the sociological imagination, 1997; Derrida, Marx' Gespenster: Der Staat der Schuld, die Trauerarbeit und die neue Internationale, 2004.

spenster begleiten uns und erinnern uns an Ungerechtigkeiten und an unsere Verantwortung gegenüber Abwesenden. Dass der Nationalsozialismus in der Nachkriegsgesellschaft der BRD eine gespenstische Qualität annahm, ist keine neue These. So schrieb Theodor Adorno 1959: „Der Nationalsozialismus lebt nach, und bis heute wissen wir nicht, ob bloß als Gespenst dessen, was so ungeheuerlich war, dass es am eigenen Tode noch nicht starb, oder ob es gar nicht erst zum Tode kam.“⁷ Die Auseinandersetzung mit dem Erbe der DDR hat diese Diagnose nur befördert. So bemerkte Thomas Blanke 1995 in der KJ, „[i]m Spiegel der Auseinandersetzung mit dem DDR-Unrecht betreten die Gespenster der deutschen Vergangenheit die Bühne“, darunter die NS-Verbrechen und „die politische Justiz in fünf unterschiedlichen Systemen von Kaiserreich bis heute.“⁸ Da Gespenster kulturell spezifische gesellschaftliche Phänomene sind, bedarf eine solche Analyse eines Ansatzes, der sich über die traditionelle Rechtswissenschaft hinaus bei Kulturwissenschaften, Soziologie und Philosophie bedient.⁹ Im Folgenden lese ich Entscheidungen des BGH als kulturelle Texte, die durch Wortwahl, Duktus, Auslassungen und Verweise Aufschluss über die Welt geben, in der ihre Autor/innen arbeiten und die sie gestalten.¹⁰ Dabei müssen Texte im Kontext des jeweiligen Genres gelesen werden. Ein Urteil ist keine Kurzgeschichte, sondern ein juristischer Text mit Fußnoten, Verweisen, Entscheidungsformeln und dem Anspruch, durch Staatsgewalt durchsetzbar zu sein. Rechtliche Autorität beruht auf Systematik, Definitionen und Zitationen. Die Verweise auf vergangene Entscheidungen, Kommentare und andere Texte wirken doppelt: Sie verleihen den Zitierenden Autorität, aber sie konstituieren durch die Zitation gleichzeitig die vergangenen Texte als relevant und autoritativ.¹¹ Die Vergangenheitspolitik des BGH offenbart sich jedoch nicht nur in den Zitationen, die in den Urteilen *enthalten* sind, sondern auch in jenen Verweisen und Erinnerungen, die *verweigert* werden.

I. Ein Oberrichter vor dem Bundesgerichtshof

In den ersten Rechtsbeugungsentscheidungen der 1990er Jahre wurden ältere Rechtsbeugungsentscheidungen nur spärlich zitiert.¹² Im November 1995, in der Urteilsbegründung im Falle Hans Reinwarths, wandte sich der BGH überraschend dieser Vergangenheit zu. Der BGH beschrieb Reinwarth wie folgt:

„Der 1920 geborene Angeklagte erlernte nach Besuch der Volks- und Bürgerschule den Beruf eines Strumpfwirkers. Er engagierte sich politisch gegen die Nationalsozialisten, erlitt Gefangenschaft in einem Konzentrationslager und kam anschließend zum Fronteinsatz, „zur Bewährung“, unter anderem in einem Minensuchkommando. Im Jahre 1948 wurde er in Schwerin zum „Volksrichter“ ausgebildet; ab 1949 übte er verschiedene richterliche Tätigkeiten aus. Eine Teilnahme an den Waldheim-Prozessen lehnte er aus Gewissensgründen ab. 1954 wurde er beisitzender Richter am Obersten Gericht der DDR.“¹³

7 Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit?, in: Eingriffe: Neun kritische Modelle, 2003 (1959), S. 125.

8 Blanke, Der ‘Rechtshistorikerstreit’ um Amnestie, KJ 1995, S. 132.

9 Gordon (Fn. 6).

10 A. Orford, Reading Humanitarian Intervention, 2003.

11 Siehe J. Butler, Bodies that Matter, 1993, S. 108f.

12 Siehe z.B. BGHSt 40, 30.

13 BGHSt 41, 317.

Als beisitzender Richter am Obersten Gericht der DDR wirkte Reinwarth an sechs Todesurteilen mit. Das Landgericht Berlin befand ihn 1994 in drei von sechs Fällen der Rechtsbeugung und des Totschlags schuldig.¹⁴ Zu dem Zeitpunkt, als der 5. Strafsenat des BGH die Revision verhandelte, gab es schon höchstrichterliche Entscheidungen zur Rechtsbeugung von DDR-Richtern.¹⁵ Reinwarths Fall unterschied sich dadurch, dass die beanstandeten Urteile nicht zu Gefängnisstrafen oder arbeitsrechtlichen Konsequenzen, sondern zu Todesstrafen geführt hatten. In den 1990er Jahren hatte sich der BGH mit dieser Materie noch nicht befasst. Trotzdem erwarteten Beobachter/innen nicht viel von dieser Entscheidung. Die großen Tageszeitungen *Süddeutsche Zeitung* und *Frankfurter Allgemeine Zeitung* hatten keine eigenen Korrespondent/innen zum BGH geschickt. Lediglich die Nachrichtenagenturen berichteten. Die Berichte überraschten: Der BGH nutzte die Entscheidung, um sich der gegen die Nazi-Richter nicht verhängten Strafen zuzuwenden:

„Eine besonders kritische Überprüfung von Todesurteilen ist namentlich vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der NS-Diktatur notwendig. Das menschenverachtende nationalsozialistische Regime wurde durch willfährige Richter und Staatsanwälte gestützt, die das Recht pervertierten. Die Grausamkeit, die das Bild der Justiz in der NS-Zeit prägt, gipfelte in einem beispiellosen Missbrauch der Todesstrafe. Diese Erfahrungen führten in der Bundesrepublik zur Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG. Zwar behielt die DDR die Todesstrafe bei. Sie bekannte sich aber gerade zur Abkehr von der nationalsozialistischen Gewalttherrschaft. Die DDR-Justiz war daher – auch unter den Bedingungen des ‚Kalten Krieges‘ – in besonderem Maße gehalten, die von der Rechtsordnung vorgesehene Todesstrafe, zumal im Bereich politisch motivierten Strafrechts, auf Fälle schwersten Unrechts zu beschränken. Namentlich durfte diese äußerste Sanktion nicht angeordnet werden, wenn durch die zu ahnende Straftat kein gravierender Schaden verursacht worden war.“¹⁶

Der BGH beleuchtete die DDR-Todesstrafen in diesem Kontext so kritisch, weil die Todesstrafen der NS-Justiz mit im Raum standen. Die BRD habe aus dem NS-Unrecht gelernt, so der BGH, aber die DDR nicht. Reinwarth sei als KZ-Häftling Opfer der Nazis gewesen, und als DDR-Oberrichter habe er die brutale Justizpraxis des NS-Staates weitergeführt. Seine Komplexität als NS-Opfer und DDR-Täter brachte unliebsame Erinnerungen auf.

Im Zuge des Umgangs mit dem Fall Reinwarth stellte der Senat neue Maßstäbe auf: Ein Vorsatz zur Rechtsbeugung könne auch dann gegeben sein, wenn der Angeklagte rechtsblind war, also (angeblich) nicht wusste, dass die angewendete Norm kein Recht war oder so nicht angewendet werden durfte. Jedoch war Reinwarth nicht rechtsblind: Anders als die meisten anderen angeklagten Jurist/innen hatte er eingestanden, wider besseres Wissen und Gewissen entschieden zu haben. Trotzdem beantwortete der BGH die Frage, was es bedeutet, dass diese Standards zur Rechtsblindheit nicht schon früher angewandt wurden:

„Hätte sich die Rechtsprechung schon damals bei der Prüfung richterlicher Verantwortung für Todesurteile an Kriterien orientiert, wie sie der Senat in seiner heutigen Entscheidung für Recht erkennt, hätte eine Vielzahl ehemaliger NS-Richter strafrechtlich wegen Rechtsbeugung in Tateinheit mit Kapitalverbrechen zur Verantwortung gezogen werden müssen. [...] Darin, dass das nicht geschehen ist, liegt ein folgenschweres Versagen bundesdeutscher Strafjustiz. Dies kann selbstverständlich

14 Averesch, DDR-Jurist erhielt bislang höchste Strafe, taz, 16. September 1995.

15 Vgl. Homann, Die Rechtsbeugungsprozesse gegen ehemalige DDR-Richter und Staatsanwälte vor dem Bundesgerichtshof, KJ 1996, S. 494.

16 BGHSt 41, 317 (329).

nicht dazu führen, das Verhalten des Angeklagten nun nach den gleichen zu engen Maßstäben zu beurteilen. Dass ihm gleichwohl eine grundlegend veränderte Haltung der Rechtsprechung, ohne die seine Verurteilung nicht möglich gewesen wäre, kaum als gerecht zu vermitteln sein dürfe, liegt nicht fern.“¹⁷

Selbst wenn eine Verurteilung Reinwarth im konkreten Fall für sich genommen gerecht wäre, so der BGH, so könne sie doch im Anbetracht der vergangenen Praxis niemals gerecht sein. Hier stehen verschiedene Formen rechtlichen Unrechts nebeneinander: die Todesstrafen der NS-Justiz, die Unfähigkeit der BRD-Nachkriegsjustiz, sich diesem rechtsförmigen Unrecht gebührend zuzuwenden, und die Fälle, in denen Hans Reinwarth und andere DDR-Richter/innen Todesstrafen unterschrieben haben. Gerichte und Recht waren wesentlich an der Entstehung dieses Unrechts beteiligt. Ist nun ein Gericht der richtige Ort, um mit diesem Unrecht umzugehen?¹⁸ Im Fall Reinwarth, so meine These, vermochte es der BGH nicht, sich auf den Angeklagten zu konzentrieren: Die Gespenster waren zu präsent. Sie lenkten vom Angeklagten ab, stellten die Autorität des Gerichtes in Frage, und verlangten nach einem komplexen Urteil.

II. Gespensterkunde

Gespenster sind, das sei zugegeben, ein ungewöhnlicher Forschungsgegenstand – sei es in der Rechtswissenschaft, Philosophie, Geschichte oder Kulturwissenschaft. Jacques Derrida behauptet: „Ein traditioneller *scholar* glaubt nicht an Gespenster – und auch nicht an das, was man den virtuellen Raum der Spektralität oder des Gespenstischen nennen könnte.“¹⁹ Der Grund dafür sei, dass es keinen Wissenschaftler gäbe, „der als solcher nicht an die scharfe Trennung von Realem und Nicht-Realem geglaubt hätte, von Faktischem und Nicht-Faktischem, Lebendem und Nicht-Lebendem, Sein oder Nicht-Sein“ – dies seien aber gerade die Unterscheidungen, die von Gespenstern verwischt und verwirrt würden.²⁰ Allerdings schreibt Derrida diese Einschätzung, dass Wissenschaftler/innen nicht an Gespenster glaubten, in einem philosophischen Fachbuch. Sie ist keine Tatsachenfeststellung, sondern sie soll uns zum Nachdenken provozieren. Tatsächlich finden sich bei Jacques Derrida, Avery Gordon und Walter Benjamin Grundzüge einer Philosophie und Soziologie der Gespenster.²¹

Es sei nicht so, so Avery Gordon, dass Gespenster nicht existierten.²² Jedoch existierten sie an jener Schwelle zwischen Gegenwart und Abwesenheit, zwischen Sichtbarkeit und Unsichtbarkeit, die sie schwer erfassbar mache. Gespenster repräsentierten nicht einfach Tote oder Vermisste, sondern sie stellten vielmehr Erfahrungen dar, die nicht voll artikuliert werden könnten, zum Beispiel Erfahrungen von Gewalt oder Entmenschlichung. Gordons Vorschlag ist, den Spuk als etwas zu sehen, was „die Kräfte, Systeme und Strukturen, die nicht gegenwärtig erscheinen und doch unsere Leben bestimmen,“ sichtbar macht.²³ Gespenster könnten uns helfen zu sehen, was unsere Zeit mit verschiedenen Vergangenheiten zusammenhält und dafür sorgt, dass wir immer in der Gegenwart von anderen seien, die dennoch nicht gegenwärtig seien. Gespenster sind indirekt

17 BGHSt, 41, 317 (342 f.).

18 Vgl. Blanke (Fn. 8), S. 140.

19 Derrida (Fn. 6), S. 26.

20 Derrida, (Fn. 6), S. 26.

21 Derrida (Fn. 6); Gordon (Fn. 6); Benjamin, Illuminationen, 1977.

22 Gordon (Fn. 6), S. 12.

23 Gordon (Fn. 6), 19.

beobachtbar: Sie handeln, spuken, und interagieren so mit Anwesenden. Diese Interaktionen stellen Spuren dar, die nicht nur in alten Schlössern und nächtlichen Friedhöfen anzutreffen sind, sondern auch da, wo Geschichte, Recht, Schuld und Unrecht aufeinandertreffen: in Gerichten.

1. Filtern, sieben, erben

Warum sollten wir uns auf solchen Spuk einlassen? Avery Gordon und Jacques Derrida geben uns zwei unterschiedliche und doch ähnliche Antworten: Gordon schreibt, dass Gespenster uns einen Blick in eine Welt erlauben, die wir statt der hiesigen hätten haben können. Das ist ihre utopische Dimension: Gespenster erinnerten uns an die ungenutzten Möglichkeiten und nicht gegangenen Wege.²⁴ Für Derrida wiederum sind Gespenster eng mit Gerechtigkeit verbunden. Mit ihnen leben zu lernen, schreibt Derrida, „würde heißen, anders zu leben und besser. Nicht besser, sondern gerechter.“²⁵ Leben mit Gespenstern beinhaltete, so Derrida, auch „eine Politik des Gedächtnisses [der Erinnerung], des Erbes und der Generationen.“²⁶ Dies alles geschehe, schreibt Derrida, im Namen der Gerechtigkeit, „der Gerechtigkeit dort, wo sie noch nicht ist, noch nicht *da*, dort wo sie nicht mehr ist, wo sie nicht mehr *gegenwärtig* ist, und da, wo sie, ebenso wenig wie das Gesetz, niemals reduzierbar sein wird aufs Recht.“²⁷ Keine Gerechtigkeit, so Derrida, sei „möglich oder denkbar ohne das Prinzip einer Verantwortlichkeit, jenseits jeder *lebendigen Gegenwart*, in dem, was die lebendige Gegenwart zerteilt, vor den Gespenstern jener, die noch nicht geboren oder schon gestorben sind, seien sie nun Opfer oder nicht.“²⁸ Derrida beschreibt Verantwortung als die Verantwortung von Erben.

Erben, darauf weist Derrida hin, heißt, „sich mit Gespenstigem auseinanderzusetzen, und das heißt immer schon: mit *mehr als einem* Gespenst.“²⁹ Die Vielfältigkeit und Unbestimmtheit eines Erbes ist für Derrida wesentlich: Er betont immer wieder, dass Erben bedeutet, zu wählen, wie und was man erbt. Die Einheit des Erbes, schreibt er, „kann nur in der *Verfügung* bestehen, zu reaffirmieren, in dem man wählt. Man muß, das heißt: Man muß filtern, sieben, kritisieren, man muß aussuchen unter verschiedenen Möglichkeiten, die derselben Verfügung innenwohnen.“³⁰ Kurz: „Man erbt immer ein Geheimnis.“³¹ Zwar ist es wichtig, mit dem Erben und dem Erbe bewusst und kritisch umzugehen anstatt es zu ignorieren, jedoch ist nicht jeder Umgang mit einem Erbe gleichermaßen vertretbar.

2. Zeit der Engel

Die Gespenster, die das kritische Erbe begleiten, bringen die Zeit aus den Fugen. Die Vorstellung einer linearen Zeitachse, auf der Ereignisse langsam Vergangenheit werden und verbllassen, wird oft verbunden mit der Hoffnung, dass wir mit der Zeit verständiger und gerechter werden. Diese lineare Zeitvorstellung ist in

24 Gordon (Fn. 6), S. 127.

25 Derrida (Fn. 6), S. 10.

26 Derrida (Fn. 6), S. 10.

27 Derrida (Fn. 6), S. 10 f., Hervorhebungen im Original.

28 Derrida (Fn. 6), S. 11, Hervorhebungen im Original.

29 Derrida (Fn. 6), S. 39.

30 Derrida (Fn. 6), S. 32.

31 Derrida (Fn. 6), S. 32.

„Es gibt ein Bild von Klee, das Angelus Novus heißt. Ein Engel ist darauf dargestellt, der aussieht, als wäre er im Begriff, sich von etwas zu entfernen, worauf er starrt. Seine Augen sind aufgerissen, sein Mund steht offen und seine Flügel sind ausgespannt. Der Engel der Geschichte muss so aussehen. Er hat das Antlitz der Vergangenheit zugewendet. Wo eine Kette von Begebenheiten vor uns erscheint, da sieht er eine einzige Katastrophe, die unablässig Trümmer auf Trümmer häuft und sie ihm vor die Füße schleudert. Er möchte wohl verweilen, die Toten wecken und das Zerschlagene zusammenfügen. Aber ein Sturm weht vom Paradiese her, der sich in seinen Flügeln verfangen hat und so stark ist, dass der Engel sie nicht mehr schließen kann. Dieser Sturm treibt ihn unaufhaltsam in die Zukunft, der er den Rücken kehrt, während der Trümmerhaufen vor ihm zum Himmel wächst. Das, was wir Fortschritt nennen, ist dieser Sturm.“³³

Benjamin setzt der verbreiteten Vorstellung einer immer weiter fortschreitenden Menschheit ein prägnantes Gegenbild entgegen: Erstens erscheint dem Engel das, was für viele Menschen wie eine Kette von Ereignissen aussieht, als eine einzige immer weiter wachsende Katastrophe. Aus Fortschritt werden Trümmer. Zweitens wird der Engel gebraucht, um das, was an dem angeblichen Fortschritt unerträglich ist, still und leise rückgängig zu machen. Wir brauchen unsere Engel, so Benjamin, denn eine Modernität, die sich als das unaufhaltsame Fortschreiten von Zeit und Menschheit sieht, ist nicht auszuhalten. Benjamin wartet auf genau jene Momente, an denen die Zeit aus den Fugen gerät. In seiner Vorstellung ist Zeit fragmentiert, nicht nach Datum geordnet. Dieser Vorstellung entsprechend soll der Historiker aufhören, „sich die Abfolge von Begebenheiten durch die Finger laufen zu lassen wie einen Rosenkranz. Er erfasst die Konstellation, in die seine eigene Epoche mit einer ganz bestimmten früheren getreten ist.“ In dieser Vorstellung der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen sprechen verschiedene Gegenwarten und Vergangenheiten miteinander, wirken auf einander ein, kämpfen vielleicht auch miteinander; Gespenster werden sichtbar.

Wie lässt sich diese Gespensterkunde auf den BGH übertragen? Mit welchen Grundkonzepten kann man die Beziehungen und Identitäten in den Rechtsbeugungsfällen erfassen? Wir können den BGH der 1990er Jahre als Erben begreifen, sogar als Erben verschiedener Generationen: des Reichsgerichts bis 1945, des BGH der 1950er und 1960er Jahre, der es nicht über sich brachte, sich ernsthaft mit dem Erbe der Nazi-Justiz auseinanderzusetzen, und der zu 80 % aus Richtern bestand, die dem NS-Staat gedient hatten.³⁴ Der BGH sieht sich mit einem Erbe konfrontiert, zu dem sowohl rechtliche Autorität als auch Komplizenschaft am Massenmord gehört. Es waren die eigenen Väter oder Großväter, die den Dolch des Mörders unter der Robe des Richters versteckt hatten, wie es 1947 das Nürnberger Tribunal ausgedrückt hat.³⁵ Gerade hier kann es sich also nur um eine, um mit Derrida zu sprechen, „kritische, selektive, filternde Reaffirmation“ einer Schuld handeln.³⁶ Zur Ahnenreihe des BGH gehört jedoch nicht das Obersste Gericht der DDR. Dieses Gericht, das seinerseits im Zusammenhang und Vergleich mit der NS-Justiz verstanden wird, gehörte, um in der Familienmetapher

32 Benjamin (Fn. 21).

33 Benjamin (Fn. 21), S. 225.

34 Vgl. Perels, Späte Entlegitimierung der NS-Justiz, KJ 1996, S. 505.

35 U.S. v. Altstötter et al., Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Bd. 3, 1951, S. 985 (Urteil). Siehe auch Christiane Wilke, Fall 3: Juristen vor Gericht, Recht auf dem Prüfstand und das Erbe der „Zivilisation,“ in: Priemel/Stiller (Hrsg.), NMT: Die Nürnberger Militärttribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtsschöpfung, 2013.

36 Derrida (Fn. 6), S. 129.

zu bleiben, zu einem anderen Zweig der Familie. Als der ehemalige Oberrichter Hans Reinwarth vor die BGH-Richter trat, traf er auf Verwandte, welche die Legitimität seines Lebensweges schon immer bestritten hatten. Im Hintergrund jedoch sah man die Konturen der NS-Justiz – jener gemeinsamen Vorfahren, von denen sich alle Jünger auf verschiedene Weise abgewandt zu haben glaubten. Rechtsbeugung konnte so als Familiengeschichte mit Gespenstern verhandelt werden.

III. Geerbte Rechtsbeugung

Dies ist nicht der Ort, um die Rechtsprechung des BGH im Detail zu analysieren.³⁷ Stattdessen werfe ich ein Schlaglicht auf einige wenige Entscheidungen, die entweder eine gespenstische Präsenz haben oder in denen wir andere Entscheidungen spuken sehen. Zur ersten Gruppe gehören zwei Entscheidungen zu NS-Richtern: eine wegweisende Entscheidung von 1956³⁸ und die Entscheidung im Rehse-Fall von 1968.³⁹ Anschließend verfolge ich, wie uns der Rehse-Fall Jahrzehnte später spukend wieder begegnet. Schließlich komme ich zurück zum Fall des DDR-Oberrichters Hans Reinwarth.

1. 1956: die Last des Richtens

In einer viel zitierten Entscheidung von 1956 setzte der BGH die Anforderungen an den Vorsatz bei Rechtsbeugung so hoch, dass es fast unmöglich wurde, Richter und Staatsanwälte der Rechtsbeugung für schuldig zu befinden.⁴⁰ Im betreffenden Fall war die Frage, ob Mitwirkende bei Standgerichten, die kurz vor Kriegsende Todesstrafen ausgesprochen hatten, Rechtsbeugung begangen hatten. Der BGH fand milde Worte für die „Richter“ der Standgerichte. Zudem verlangte der BGH in diesem Fall nicht nur einen bedingten, sondern einen direkten Vorsatz: „Die unrichtige Rechtsanwendung ist Tatbestandsmerkmal, so dass sich der bestimmte Vorsatz darauf erstrecken muss.“⁴¹ Frühere BGH-Entscheidungen, die über den Weg des bedingten Vorsatzes eine niedrigere Hürde für die Strafbarkeit durch den Gebrauch von NS-Gesetzen bejahen würden, seien nicht relevant, weil sie nicht Juristen, sondern beispielsweise Denunziant/innen beträfen.⁴² Damit, so der BGH:

„betreffen [sie] nicht die richterliche Tätigkeit und stehen daher der hier vertretenen Meinung nicht entgegen. Wenn dort, etwa bei heimtückischen Anzeigerstattern (Denunzianten) geringere Anforderungen an die innere Tatseite gestellt werden, so rechtfertigt sich die hier für richterliche Tätigkeit vertretene strengere Ansicht aus der bereits hervorgehobenen Notwendigkeit des Schutzes der richterlichen Unabhängigkeit. Der Richter kann der Entscheidung – im Gegensatz zum Anzeigerstatter oder ähnlichen Fällen – nicht ausweichen, er ist verpflichtet und gezwungen, zu entscheiden. Bei Auslegungszweifeln z.B. kann er sich irren; er müsste dann immer mit der Gefahr der Verdächtigung rechnen, er habe mit bedingtem Vorsatz unrichtig entschieden. Gegen diese Gefahr muss er wirksam geschützt werden.“⁴³

³⁷ Gute Analysen bei Quasten (Fn. 2); Perels (Fn. 34), S. 504; Homann (Fn. 15).

³⁸ BGHSt 10, 294.

³⁹ BGH NJW 1968, 1339.

⁴⁰ BGHSt 10, 294.

⁴¹ BGHSt 10, 294 (300).

⁴² Zum Beispiel BGHSt 3, 110.

⁴³ BGHSt 10, 294 (299 f.).

Dieses Urteil betont die Pflicht und Last des Richtens gegenüber der Freiwilligkeit und impliziten Böswilligkeit der Entscheidung, Anzeige zu erstatten.⁴⁴ So wird von den Anzeigerstatter/innen ein besseres Rechtsgefühl verlangt als von den rechtswissenschaftlich ausgebildeten Richtern: „Rechtsblinde“ Richter hätten nicht mit Vorsatz gehandelt, aber für Denunziant/innen und andere Akteure war Rechtsblindheit keine Entschuldigung.⁴⁵ Für den BGH ist der paradigmatische Fall von Rechtsbeugung „[n]icht die Anwendung ungültigen Rechts, sondern die missbräuchliche Anwendung gültiger verfahrens- und sachlichrechtlicher Gesetze zu rechtsfremden Zwecken.“⁴⁶ Strafbar sei somit nicht die Anwendung ungültigen Rechts, sondern nur die *missbräuchliche* Anwendung ungültigen Rechts.

2. 1968: die Unabhängigkeit des Volksgerichtshofs

Das Urteil des BGH im Fall Rehse vom 30. April 1968 ist exemplarisch für Entscheidungen, die nicht erfolgreich in die Vergangenheit verbannt werden können. Hans-Joachim Rehse hatte als Beisitzer am Volksgerichtshof an mindestens 230 Todesurteilen mitgewirkt. Um Rehse wegen Mordes für schuldig zu befinden, musste allerdings gleichzeitig eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung festgestellt werden. Nachdem der BGH schon *ad hoc*-Standgerichte der letzten Kriegstage zu normalen Gerichten erklärt hatte,⁴⁷ sollte es kaum verwundern, dass der 5. Strafsenat befand, „als Mitglied eines Kollegialgerichtes war der Angeklagte bei der Abstimmung nach dem auch damals geltenden Recht unabhängig, gleichberechtigt, nur dem Gesetz unterworfen und seinem Gewissen verantwortlich. Seine Pflicht forderte, allein der eigenen Rechtsüberzeugung zu folgen.“⁴⁸ Daraus folge, dass Rehse, wenn er „bewusst gegen seine richterliche Überzeugung von der Rechtslage für ein Todesurteil stimmte“, Mord oder Mordversuch begangen haben könnte, aber nur, wenn „er selbst aus niederen Beweggründen für die Todesstrafe stimmte.“⁴⁹ Das sei im vorliegenden Falle weder zu erkennen noch auszuschließen, befand der BGH und verwies den Fall zurück zur Neuverhandlung mit der Bemerkung, dass „ein Gericht vor eine besonders schwierige Aufgabe gestellt wird, wenn es nach so langer Zeit innere Vorgänge aufklären und werten soll, die sich möglicherweise aus einer Anzahl verschiedener Beweggründe zusammensetzen.“⁵⁰

3. Doppelte Beugung

Nicht alle, die von Roland Freisler und Hans-Joachim Rehse zum Tode verurteilt wurden, wurden auch hingerichtet. Robert Havemann, 1943 vom Volksgerichtshof unter Rehses Mitwirkung wegen Hochverrats zum Tode verurteilt, überlebte den Krieg dank einflussreicher Freunde. Er wurde Professor an der Humboldt-Universität in Berlin, Mitglied der Akademie der Wissenschaften und in der SED

44 Ähnlich bei Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), hrsg. v. Hassemer, 2002. Zu Fragen der nationalsozialistischen Tugenddiskurse in der BRD der Nachkriegszeit siehe R. Gross, *Anständig geblieben: Nationalsozialistische Moral*, 2010.

45 Siehe Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, 2002, S. 403 f. Ähnliches lässt sich für den Vergleich von Urteilen zu DDR-Mauerschützen und Richter/innen konstatieren. Siehe Homann (Fn. 15), S. 500.

46 BGHSt 10, 294 (301).

47 BGHSt 2, 234.

48 BGH NJW 1968, 1340.

49 BGH NJW 1968, 1340.

50 BGH NJW 1968, 1340.

ein wichtiger Funktionär.⁵¹ Als er begann, mehr Demokratie und Pluralismus einzufordern, wurde aus der Universität, der Akademie der Wissenschaften und der SED ausgeschlossen. Am 26. November 1976 wurde er in einem irregulären Verfahren schuldig befunden, durch seine Aktivitäten die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht zu haben. Er hatte in der BRD-Zeitschrift „Der Spiegel“ einen kritischen Artikel zur Ausbürgerung seines Freundes Wolf Biermann geschrieben. Er wurde zu einer Aufenthaltsbeschränkung verurteilt und durfte fortan sein Grundstück nicht mehr verlassen. Drei Jahre später wurde zwar die Aufenthaltsbeschränkung aufgehoben, aber Havemann wurde in einem wiederum irregulären Verfahren zu einer Geldstrafe von 10.000 DDR-Mark wegen Devisenvergehen verurteilt. Seine Bücher, Schreibmaschine und Arbeitsmittel wurden beschlagnahmt und einbehalten. Robert Havemann starb 1982, drei Jahre nach dem letzten dieser Verfahren.

Schon früh im Jahre 1990 begannen Gerichte der DDR die Rehabilitierung Havemanns zu betreiben.⁵² Nach der Vereinigung wurden die Richter/innen und Staatsanwält/innen, die 1976 und 1979 an den Verfahren mitgewirkt hatten, wegen Rechtsbeugung angeklagt. Das erste dieser Verfahren begann 1995. Bei Prozessbeginn verlasen und verteilten die Verteidiger/innen der angeklagten Jurist/innen eine Erklärung, die Rehse in den Raum holte:

„Robert Havemann hat seine ersten Erfahrungen mit der Justiz nicht in der DDR machen müssen. Bereits der Volksgerichtshof des nationalsozialistischen Deutschland hat ihn verurteilt – zum Tode. Herr Dr. Stark, der damals die Anklage vertrat, ist nach 1945 in den Justizdienst der Bundesrepublik eingetreten und hat ihm bis zum Erreichen des Ruhestandsalters, zuletzt als Landgerichtsdirektor in Ravensburg, angehört, wie berichtet wird. Einer der Richter des Volksgerichtshofs, die Havemann zum Tode verurteilten, Herr Rehse, ist vom Landgericht Berlin (West) am 06.12.1968 freigesprochen worden.“

[...] Den Angeklagten dieses Verfahrens wird vorgeworfen, gegen geltendes Recht eine Aufenthaltsbeschränkung gegen Robert Havemann herbeigeführt zu haben und an seiner Verurteilung zu einer Geldstrafe von 10.000 M/DDR mitgewirkt zu haben.

Zwar verbietet sich in vielerlei Hinsicht ein Vergleich zwischen der Justiz des Nationalsozialismus und derjenigen der DDR. Es ist aber bemerkenswert, welche richterlichen und staatsanwaltlichen Handlungen die bundesdeutsche Justiz in der Vergangenheit für rechtmäßig hielt und welche sie heute meint, als angebliche Rechtsbeugung verfolgen zu sollen.

Dieses groteske Missverhältnis macht die Untersuchung der Frage, ob die Angeklagten gegen das seinerzeit geltende Recht verstießen, nicht von vornherein unzulässig. Die Frage drängt sich aber auf, ob hier mit zweierlei Maß gemessen wird, und diese Frage wird das Verfahren begleiten.“⁵³

Die Verteidiger/innen der DDR-Jurist/innen beschworen die Gespenster von 1943 und 1968. Sie gaben der Todesstrafe gegen Havemann und den Karrieren von Stark und Rehse eine partielle Sichtbarkeit. Was erreichten die Verteidiger/innen mit diesem Spuk? Sie argumentierten nicht, dass ihre Mandant/innen genauso behandelt werden sollten wie Rehse und Stark: Als überzeugte Antifaschist/innen behaupteten die Angeklagten nicht, dass ihnen ebenso ein Recht auf Rechtsbeugung zustehe wie den NS-Richtern. Die Anrufung der Gespenster führte also nicht zu einer schlüssigen Argumentation. Der Effekt war ein anderer:

51 Siehe Vollnhalts, Der Fall Havemann: Ein Lehrstück politischer Justiz, 2000; Müller/Florath (Hrsg.), Die Entlassung: Robert Havemann und die Akademie der Wissenschaften 1965/1966, 1996.

52 Vollnhalts (Fn. 51), S. 7.

53 Erklärung der Verteidigung im Verfahren gegen Hauke u.a. (12. Juli 1995), Robert Havemann Archiv Berlin, RH 327.

Der Spuk brachte die Zeit aus den Fugen und führte dazu, dass die Todesstrafe von 1943 plötzlich gespenstisch neben der Aufenthaltsbeschränkung von 1976 stand, Rehse neben den DDR-Richter/innen, und der Volksgerichtshof neben den BRD-Gerichten der 1960er Jahre und neben dem Landgericht, vor dem der Prozess 1995 stattfand. Dadurch sah das Landgericht Frankfurt/Oder seine normativen Gewissheiten, seine Vorstellung von Zeit und seine Identität aus den Fugen geraten.

Im September 1997 sprach das Landgericht alle in diesem Prozess angeklagten Richter/innen und Staatsanwält/innen frei.⁵⁴ Durch Revision der Staatsanwaltsschaft kam der Fall Havemanns zu dem 5. Strafsenat des BGH, der 1968 die Entscheidung im Fall Rehse gefällt hatte. Das Urteil wirkt nach außen hin abgeklärt.⁵⁵ Die Entscheidung verweist und zitiert wie üblich. Keiner der Verweise zur BGH-Rechtsprechung führt jedoch weiter zurück als zum Jahr 1993.⁵⁶ Der BGH weigerte sich somit, den Spuk anzuerkennen und das komplexe Unrecht zu sehen, das Generationen von Gerichten Robert Havemann angetan haben.

IV. Gespenstische Richter

In den ersten Rechtsbeugungsentscheidungen der 1990er Jahre regierte eine osttentative Nüchternheit verbunden mit einer selektiven Erinnerungspolitik, die sich in den Verweisen auf frühere Urteile niederschlug. Im Fall Reinwarth brach der BGH spektakulär mit dieser Herangehensweise.

1. 1993: Altes Neuland

In den ersten BGH-Urteilen zu dieser Materie aus den Jahren 1993 und 1994 skizzierte der BGH typische Kategorien von Rechtsbeugung bei DDR-Richtern und Staatsanwälten.⁵⁷ Es war die Simulation eines Neuanfangs. Einige der BGH-Entscheidungen zu NS-Unrecht und Rechtsbeugung wurden in die Nachweisketten übernommen, aber diese Entscheidungen wurden nicht näher erläutert oder als relevant hervorgehoben.⁵⁸ Andere wichtige Entscheidungen wurden gar nicht zitiert.⁵⁹ Das Vergessen war selektiv: In den Entscheidungen zu den Mauertoten bezog sich der BGH oft positiv auf die Radbruchsche Formel und einige ausgewählte Entscheidungen der frühen 1950er Jahre.⁶⁰ Das Beschweigen der früheren Rechtsbeugungsjudikatur war eine bewusste Entscheidung, die in der Presse und in juristischen Debatten kritisiert wurde.

Aus einer Analyse der Diskussion zwischen 1993 und 1995 wird klar, dass Kommentator/innen den BGH zunehmend aufforderten klarzustellen, worum es bei den Rechtsbeugungsfällen auch ging – nicht nur um die Angeklagten, sondern

⁵⁴ Landgericht Frankfurt/Oder, 3. Strafkammer, Urteil in der Strafsache gegen Hauke und andere, in: Rottleuthner (Hrsg.), *Das Havemann-Verfahren*, 1999.

⁵⁵ BGHSt 44, 275.

⁵⁶ Demgegenüber finden sich in anderen Rechtsgebieten Nachweisketten, die juristische Fachzeitschriften der 1930er Jahre mit einschließen. Diese Ketten konstituieren Traditionen und Erinnerungen. Zitiert heißt Erben. Siehe Daubach, [Beitrag in diesem Heft], S XXX.

⁵⁷ BGHSt 40, 30 (40).

⁵⁸ So BGHSt 2, 234.

⁵⁹ BGHSt 2, 234; BGHSt 10, 294, BGH [1956] NStZ 1996, 485. Die Entscheidung im Fall Thorbeck und Huppenkothen wurde erst vierzig Jahre später veröffentlicht. Es handelte sich um Todesurteile gegen Widerstandskämpfer in ad hoc-Standgerichten in Konzentrationslagern in den letzten Tagen des Krieges. Siehe Perels (Fn. 34), S. 504.

⁶⁰ BGHSt 39, 1.

um das Erbe der NS-Rechtsbeugungsprozesse. Julia Albrecht schrieb in der *taz* vom 16. September 1995:

„Die Urteile des BGH in Sachen Rechtsbeugung sind auch der Versuch, sich abzgrenzen – von den Freisprüchen, die die symbolischen Väter der jetzigen Richter am BGH den NS-Richtern und -Staatsanwälten haben zugute kommen lassen. [...] Bloß: Eine Abgrenzung von dieser Rechtsprechung setzt voraus, dass man explizit formuliert, worin genau man sich unterscheiden will. Erst dann ließe sich wirklich sagen, ob die heutigen Urteile Rechtes oder nicht doch vor allem von dem Wunsch nach bloßer Abgrenzung motiviert sind.“⁶¹

Zwei Monate später setzte sich der BGH öffentlich mit seinen „symbolischen Vätern“ auseinander. Diese eingeforderte und dennoch unerwartete öffentliche Begegnung bedarf einer genaueren Analyse.

2. 1995: Erinnerung wagen

Dem BGH erschien Hans Reinwarth in mehreren Rollen: Einerseits war er der Angeklagte, dessen Taten das Gericht an die NS-Richter und die BGH-Entscheidungen aus den 1950er und 1960er Jahren erinnerten. Andererseits war er als ehemaliger KZ-Häftling ein Zeuge der Taten dieser NS-Richter und ihrer Straflosigkeit. Nur wenn diese Facetten Reinwarths zusammen betrachtet werden, wird klar, warum sich an seiner Person der Spuk der Nazi-Justiz materialisierte. Reinwarths eigenes Handeln wurde dabei im Vergleich zu den Gespenstern, die er in den Saal brachte, nebensächlich.

„Beispiele für die dargestellte Problematik [der Verblendung] bietet namentlich auch die (insgesamt fehlgeschlagene) Auseinandersetzung mit der NS-Justiz. Die nationalsozialistische Gewaltherrschaft hatte eine ‚Perversion der Rechtsordnung‘ bewirkt, wie sie schlimmer kaum vorstellbar war..., und die damalige Rechtsprechung ist angesichts exzessiver Verhängung von Todesstrafen nicht zu Unrecht oft als ‚Blutjustiz‘ bezeichnet worden.

[...] Die vom Volksgerichtshof gefällten Todesurteile sind ungesühnt geblieben, keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde verurteilt; ebenso wenig Richter der Sondergerichte und der Kriegsgerichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHSt 10, 294; BGH NJW 1968, 1339, 1340; [...]). Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestoßen, die der Senat als berechtigt erachtet.“⁶²

In dieser Passage wurden zum ersten Mal die beiden Entscheidungen zitiert, die vorher beschwiegen wurden. Erst in diesem Urteil vom November 1995 gab der BGH zu, Erbe zu sein. Die geerbte Tradition war ihm jedoch keine Stütze des eigenen Ansehens und Urteilsvermögens, sondern eine Last: Sie untergrub Autorität und Gewissheit des institutionellen Urteilens.

Wie lässt sich die eingestandene Begegnung des BGH mit den Gespenstern verstehen? Wurde nicht nur geerbt, sondern auch kritisch geerbt? Avery Gordon hält zweierlei für gefordert: Zum einen sollte man bereit sein, bei Begegnungen mit Gespenstern etwas zu riskieren. Wer sich auf sie einlässe, könnte durch diese Begegnung verändert werden, und das müsse man zulassen.⁶³ Zum anderen schuldeten wir Aufmerksamkeit und Gerechtigkeit letztendlich den Anwesenden, den Lebenden. Gespenster könnten uns auf Risse und Unrecht aufmerksam

61 Julia Albrecht, BGH: DDR-Richter nach Gesetzen beurteilen, *taz*, 16. September 1995.

62 BGHSt 41, 317 (339).

63 Gordon (Fn. 6).

machen, aber letztendlich gehe es darum, in der Gegenwart besser und gerechter zu leben.

289

Was riskierte der BGH in der eingestandenen Begegnung mit den Gespenstern? Einerseits bedeutete das Eingeständnis des komplexen Erbes, dass der BGH die Vorstellung einer unproblematischen Ahnenreihe nicht aufrechterhalten konnte. Wenn man sich aber die Presse und die rechtswissenschaftlichen Abhandlungen zu dem Thema ansieht, dann wird klar, dass diese Fiktion schon lange nicht mehr tragfähig war.⁶⁴ Zudem relativierte der BGH das Eingeständnis des komplexen Erbes, kaum, dass er es gemacht hatte. So befassten sich die Entscheidung und das Eingeständnis des komplexen Erbes nur mit Todesstrafen. Der BGH betonte: „Eine besonders kritische Überprüfung von Todesurteilen ist namentlich vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der NS-Diktatur notwendig“,⁶⁵ und schwieg über andere Formen richterlichen Unrechts. Zum anderen wurde das Eingeständnis, die BRD habe NS-Richter nicht bestraft, sogleich mit dem Vorwurf an den Angeklagten und die DDR-Richterschaft verbunden, sie hätten *de facto* die NS-Praxis der Todesstrafe weitergeführt. Die eingestandene eigene Schuld wurde sofort mit einer schwerwiegenderen fremden Schuld aufgewogen. So wurde die moralische Hierarchie, in der die Gerichte der BRD sich schablonenartig positiv von den Gerichten der DDR und des NS-Staats abheben, nicht in Frage gestellt: Die geringste Schuld in diesem Dreiecksvergleich war immer noch bei BRD-Gerichten zu finden.⁶⁶ Der BGH begrenzte das Feld seiner Auseinandersetzung mit richterlichem Unrecht in einer Weise, die es ermöglichte, dass der BGH sich in seiner Autorität und seinen normativen Gewissheiten nicht zu sehr erschüttert sehen musste.

V. Gegenwärtige Gespenster, lebendiges Unrecht

In den BGH-Urteilen zur Rechtsbeugung von DDR-Richtern findet sich versteckt in Zitationsketten und fehlenden Verweisen die Geschichte einer gespenstischen Begegnung. Wie zu erwarten ist, haben ältere Urteile Einfluss auf neuere Entscheidungen. Jedoch war die Zeit aus den Fugen; die Fälle beeinflussten sich gegenseitig: Erst durch die Fälle der 1990er Jahre wurden die Fälle der 1950er und 1960er Jahre gespenstisch gegenwärtig. Im BGH wurden verschiedene Vergangenheiten lebendig, standen nebeneinander und warteten auf ein komplexes Urteil. Möglicherweise verlangen solche Begegnungen und Urteile, die Gespenster und Angeklagten gleichermaßen gerecht würden, von Gerichten mehr, als sie zu riskieren und geben bereit sind: das Infragestellen der eigenen rechtlichen und moralischen Autorität, eine Beschäftigung mit dem komplexen Erbe, den eigenen Ahnenreihen und dem Platz der ehemaligen DDR-Richter in diesem Familienverband. Wie Walter Benjamins Engel versuchten BGH-Richter einiges von dem zusammenzufügen, was die eigenen Ahnen zerschlagen hatten. Auch Benjamins Engel war nicht erfolgreich. Warum erwarten wir von gerade von Gerichten, dass sie uns von dem durch Gerichte produzierten Unrecht erlösen und mit den dazu gehörigen Gespenstern wohlwollend, gerecht und geduldig umgehen?

64 Siehe Quasten (Fn. 2).

65 BGHSt 41, 317 (329).

66 Siehe Jarausch/Geyer, *Shattered Past: Reconstructing German Histories*, 2003.