

DAS ONLINE-SUPPLEMENT DES FORSCHUNGSJOURNALS

FORSCHUNGSJOURNAL SOZIALE BEWEGUNGEN 29. JG. 2 | 2016

Die Bedeutung Fritz Bauers für die strafrechtliche Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht

Vortrag in der Landesvertretung Niedersachsen beim Bund am 9. März 2016

Meine Damen und Herren,

Staatsanwälte haben kein gutes Image, was der Titel eines Beitrags über diese auf den Punkt bringt, der lautet: „Der böse Advokat“. Umso mehr freut es einen Generalstaatsanwalt, dass mit Fritz Bauer ein Amtsbruder so viel Anerkennung findet.

Übrigens hat sich ein weiterer Generalstaatsanwalt in der Nachkriegszeit um die deutsche Demokratie sehr verdient gemacht: Ernst Buchholz, Generalstaatsanwalt in Hamburg, der ein Jahr vor Fritz Bauer auch aus für mich unklarer Ursache starb, mit Bauer befreundet war und mit diesem vor allem für die Reform des von der NS-Zeit geprägten Sexualstrafrechts sowie die Freiheit der Kunst kämpfte.

Doch zurück zum Thema. Ich werde nun natürlich nicht meinen lang geratenen Beitrag im „Forschungsjournal Soziale Bewegung“ (Jg. 28 Heft 4/2015) vortragen, sondern habe mir überlegt, mich auf den strafrechtlichen Aspekt zu beschränken und meine komprimierte Darstellung dadurch verständlich zu machen, dass ich die strafrechtliche Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht in der Bundesrepublik in vier Phasen einteile, was natürlich gewagt

ist, aber vielleicht durch die pädagogische Motivation gerechtfertigt erscheint.

Die **erste Phase** lege ich von **Ende 1945 bis Mitte der 50er Jahre** fest:

Es findet von November 1945 bis Oktober 1946 der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof statt, dem in Nürnberg 12 weitere Prozesse vor US-amerikanischen Militärgerichtshöfen folgen. In der Britischen Zone macht man ausgiebig von der Ermächtigung Gebrauch, die Strafverfolgung auf deutsche Gerichte zu übertragen, über deren Rechtsanwendung der 1948 gegründete, von NS-Juristen vollständig gesäuberte Oberste Gerichtshof für die Britische Zone wacht. Die rechtliche Grundlage, das Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. Dezember 1945, wird aber faktisch seit 1951 in den drei westlichen Besatzungszonen nicht mehr angewendet und später aufgehoben, so dass die weitere Verfolgung sich nach deutschem Recht richtet. In diese Phase fällt, dass Generalstaatsanwalt Fritz Bauer erwirkt, dass das Landgericht Braunschweig am 15. März 1952 im Remer-Prozess das NS-Regime als „Unrechtsstaat“ qualifiziert, gegen den Widerstand zu leisten nicht Verrat, sondern Pflicht ist.

Entscheidendes Kriterium für den „Unrechtsstaat“ sind für Bauer die Massenmorde des Regimes. Die Bedeutung dieses Urteils ist von Frau Wojak und Frau Fröhlich soeben umfassend gewürdigt worden.

Doch zurück zum Beginn der 50er Jahre: Bereits am 11. Mai 1951 hatte der Deutsche Bundestag bei nur zwei Enthaltungen das „Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen“ beschlossen, wonach alle ehemaligen Nationalsozialisten mit Ausnahme der Gruppe I (Hauptschuldige) und II (Schuldige) einen Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung in den öffentlichen Dienst erhielten. Bis 1954 hatten alle Bundesländer entsprechende Entnazifizierungsschlussgesetze geschaffen. Allein der Umstand, dass die beiden früheren Staatssekretäre im Reichsjustizministerium Franz Schlegelberger und Curt Rothenberger, die im Dezember 1947 im Nürnberger Juristenprozess verurteilt worden waren, nach ihrer Entlassung aus der Haft in Landsberg (1950 bzw. 1951) in Schleswig-Holstein entnazifiziert und in die Gruppe V (Entlastete) eingeordnet wurden, verdeutlicht exemplarisch, wie großmaschig das gesponnene Netz war. Sogar mindestens 28 Richter des Volksgerichtshofs und 74 bei der dortigen Reichsanwaltschaft tätig gewesene Staatsanwälte kehrten in den Justizdienst zurück; nur wenige während des Dritten Reichs in exponierten Führungspositionen tätig gewesene Justizjuristen blieben außen vor.

Da sich die Bundesregierung zudem für verurteilte Kriegsverbrecher einsetzte und ihr Vizekanzler dagegen protestierte, dass die Amerikaner am 8. Juni 1951 einige der des schwersten Massenmordes überführten Einsatzgruppenleiter hingerichtet hatten, konstatierte Fritz Bauer 1965: „Staatsanwaltschaft und Gerichte glaubten bis Mitte der fünfziger Jahre, hieraus den Schluss ziehen zu dürfen, nach Auffassung von Gesetzgebung (Parlament) und

Exekutive (Regierung) sei die juristische Bewältigung der Vergangenheit abgeschlossen.“

Ich komme zur **zweiten Phase**, die sich **von 1958 bis zum Tod Bauers 1968** erstreckte:

Im April 1958 begann der Ulmer Einsatzgruppenprozess, der der deutschen Öffentlichkeit vor Augen führte, dass der ersehnte Schlussstrich noch nicht gezogen werden konnte. So kommt es im Dezember 1958 zur Gründung der „Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen“, die eine systematische Strafverfolgung ermöglichen soll. Derjenige, der zur treibenden Kraft dieser systematischen Aufarbeitung wurde, war Fritz Bauer, nunmehr hessischer Generalstaatsanwalt. Dies hat seine Vertraute Ilse Staff mit folgenden Worten zum Ausdruck gebracht:

„Es war Fritz Bauer, der am 15. Februar 1959 den Antrag stellte, der Bundesgerichtshof möge gem. § 13a StPO die Zuständigkeit des Landgerichts Frankfurt am Main für alle in Auschwitz und Auschwitz-Birkenau begangenen Straftaten begründen. Am 17. April 1959 erging ein entsprechender Beschluss des Bundesgerichtshofes. Am 20. Dezember 1963 begann das Hauptverfahren ‚gegen Mulka und andere‘, der erste Auschwitz-Prozess. Am 20. August 1965 wurde das Urteil gesprochen; siebzehn der Angeklagten wurden wegen Mordes resp. gemeinschaftlichen Mordes oder/und der gemeinschaftlichen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord verurteilt. Es war die Zeit, in der jeder, der zu hören bereit war, in vollem Ausmaß begreifen lernen konnte, was in Deutschland 1933-1945 geschehen war.“

Doch das ist nicht Bauers einziges Verdienst. Ab Ende 1959 konzentrierte er in Frankfurt am Main Verfahren gegen Juristen und Ärzte, die ein auf den Tag des Kriegsbeginns rückdatiertes Ermächti-

gungsschreiben Hitlers zu den Euthanasie-Morden umgesetzt hatten („Aktion T-4“), wodurch sich ein weiterer gigantischer Verfahrenskomplex ergab, der - wie Uwe Dittmann soeben zu Recht beklagt hat - lange in Vergessenheit geraten ist.

Bezüglich des Endes der zweiten Phase der Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht schreibt Irmtrud Wojak:

„Im Amt des Generalstaatsanwalts trieb Bauer...die strafrechtliche Aufarbeitung des NS-Unrechts in den Jahren 1967 und 1968 auf einen neuen Höhepunkt und machte nach den Auschwitz- und Euthanasie-Prozessen auch noch die Verbrechen der Wehrmacht und die Beteiligung des Auswärtigen Amtes an der nationalsozialistischen ‚Endlösung der Judenfrage‘ zu einem gesamt-gesellschaftlich diskutierten Thema. Weit über 140 größere und noch Dutzende kleinere NS-Verfahren waren im Januar 1968 bei den hessischen Staatsanwaltschaften anhängig, erklärte er gegenüber der Presse.“

Mit dem am 19. und 20. August 1965 verkündeten Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main im großen Auschwitzprozess war Bauer indes nicht einverstanden. So wurde der SS-Lagerzahnarzt freigesprochen. Damit konnte Bauer sich vor Gericht nicht mit seiner Rechtsansicht durchsetzen, dass alle diejenigen, die in den Konzentrationslagern als Teile der Tötungsmaschine ihren Dienst versahen, wegen der während ihrer Dienstzeit begangenen Morde als Täter oder Gehilfen zu bestrafen seien, ohne dass ihnen eine konkrete Beteiligung an einzelnen Tötungshandlungen nachgewiesen werden müsse. Diese Position ist von den Sitzungsvertretern im ersten Auschwitzprozess vorgetragen und von Bauer dann in einem Aufsatz 1967 detailliert begründet worden. So schrieb er: „Auch die Tätigkeit eines jeden Mitglieds eines Vernichtungslagers stellt vom Eintritt in das Lager, womit in aller Regel sofort die Kenntnis von dessen Aufgabe,

Tötungsmaschinerie zu sein, verbunden war, bis zu seinem Ausscheiden eine natürliche Handlungseinheit dar, was immer er physisch zur Verwaltung des Lagers und damit zur ‚Endlösung‘ beigetragen hat...schon die Anwesenheit ist psychische Beihilfe... Jeder stützt den Nächsten, er macht ihm das kriminelle Tun leichter. Die Opfer während seines Lageraufenthalts sind ihm zuzurechnen.“

Doch es wurde im ersten Auschwitzprozess nicht nur ein Mordgehilfe freigesprochen, sondern es wurden wie bereits im Ulmer Einsatzgruppenprozess Täter als bloße Gehilfen verurteilt. Bauer kritisierte dies 1965 wie folgt:

„Die Gerichte haben...in einer sehr großen Zahl von Fällen von nazistischen Verbrechen nicht Täterschaft, sondern lediglich Beihilfe angenommen; das ist nicht nur bei kleinen Tätern geschehen, sondern auch bei hohen Funktionären der nazistischen Hierarchie. Hinter der bei den Gerichten bis hinauf zum Bundesgerichtshof beliebten Annahme bloßer Beihilfe steht die nachträgliche Wunschvorstellung, im totalitären Staat der Nazizeit habe es nur wenige Verantwortliche gegeben, es seien nur Hitler und ein paar seiner Allernächsten gewesen, während alle übrigen lediglich vergewaltigte, terrorisierte Mitläufer oder dehumanisierte Existenzen waren, die veranlaßt wurden, Dinge zu tun, die ihnen völlig wesensfremd gewesen sind. Deutschland war sozusagen nicht ein weitgehend besessenes, auf den Nazismus versessenes, sondern ein von einem Feind besetztes Land. Dergleichen hat mit der historischen Wahrheit wenig zu tun.“

Die Richter und Staatsanwälte, die für diese von Bauer zu Recht kritisierte Rechtsprechung Verantwortung trugen, waren mehrheitlich selbst in das NS-Unrecht verstrickt gewesen, sodass es nicht verwundert, dass es ihnen auch gelang, ihre eigene Berufsgruppe von der Strafverfolgung auszunehmen. Das Ergebnis war, dass –

abgesehen von zwei Verurteilungen von Juristen, die als Standrichter in den letzten Kriegsmonaten tätig waren – kein während des Dritten Reichs tätiger Richter oder Staatsanwalt rechtskräftig wegen seiner Berufsausübung verurteilt worden ist.

Dabei beriefen sie sich ausgerechnet auf einen erklärten Gegner des Nationalsozialismus, den früheren sozialdemokratischen Reichsjustizminister, Strafrechtslehrer und bedeutenden Rechtsphilosophen Gustav Radbruch (1878-1949), den die Nationalsozialisten 1933 als ersten Professor seines Amtes enthoben, der aber noch 1932 geschrieben hatte: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, dass er Recht zu setzen berufen ist!“ Diese Aussage relativierte Radbruch unter dem Eindruck des NS-Regimes 1946 in einem Aufsatz mit dem Titel „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, der trotz eines Umfangs von nur wenig über drei Seiten zu den „berühmtesten juristischen Schriften des 20. Jahrhunderts“ gehört. Danach müsse zwar das gesetzte Recht auch dann im Interesse der Rechtssicherheit Vorrang haben, wenn es ungerecht sei, dies könne aber nicht gelten, wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht habe, dass es als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen habe. Diese „Radbruchsche Formel“ wandte die Rechtsprechung dann bei der strafrechtlichen Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht an, sodass es keine Schwierigkeiten bereitete, nicht nur die Massentötungen, sondern auch Terrorurteile der NS-Justiz als „Unrecht“ zu qualifizieren. Doch folgte die bundesdeutsche Rechtsprechung Radbruch auch darin, dass ein NS-Richter wegen eines Todesurteils nur verurteilt werden könne, wenn ihm zugleich eine Rechtsbeugung nachzuweisen sei. Diese lag bei einem Todesurteil aus nichtigem Anlass zwar objektiv vor, doch zeigte Radbruch in seinem berühmten

Aufsatz der Justiz auch gleich das Schlupfloch auf, indem er fragte: „Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht konnten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben?“ Dies griff die bundesdeutsche Rechtsprechung mit dem bereits mitgeteilten Ergebnis bereitwillig auf.

Bauer kritisierte dies 1965 mit folgenden Worten: „Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte gestattete den Beteiligten die – in Ermangelung eines Geständnisses – praktisch unwiderlegbare Verteidigung, sie hätten ihr nazistisches Tun, das im Todschlag bestand, mit gutem Gewissen betrieben, womit die Möglichkeit ihrer Verurteilung entfiel. Keiner der Betroffenen hat erklärt, er sei sich des Unrechts bewusst gewesen; nur anlässlich der Entnazifizierung pflegte man zu hören, man sei immer dagegen gewesen. Die These, Juristen könnten sich nur dann wegen ihrer nazistischen Betätigung, z.B. durch exzessive Todesurteile, strafbar gemacht haben, wenn sie sich zugleich des kaum erweislichen Verbrechens der Rechtsbeugung schuldig gemacht haben, kann – wie mir scheint – nur individual- und sozialpsychologisch verstanden werden; es wurde ein ständischer Schutzwall errichtet.“

Die dritte Phase: Vom Tod Bauers bis zur deutschen Wiedervereinigung

Am 1. Juli 1968 wird Fritz Bauer tot in der Badewanne aufgefunden. Man unternimmt nicht alles, um die Todesumstände aufzuklären, sodass ich meine Ausführungen hierzu im „Forschungsjournal“ wie folgt enden lasse:

„Es hatten ...nicht nur viele ein Motiv, den Störenfried zu beseitigen, sondern es waren darunter auch solche, die bereits ohne Skrupel getötet hatten, und solche, die aufgrund ihrer Fähigkeiten in der Lage

waren, einen Mord zu verschleiern. Sollte Bauer tatsächlich ermordet worden sein, wäre das damit verfolgte Ziel jedenfalls erreicht worden, denn nach dem Tod Bauers versandete die strafrechtliche Verfolgung der „Euthanasie“-Morde und fokussierte sich die Verfolgung des KZ-Personals für lange Zeit auf die „Exzess- und Direkttäter.“

Und der Schlusssatz lautet:

„Fritz Bauer hat nicht erreicht, was er wollte, weil der Widerstand gegen eine schonungslose Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht zu groß war. Ob er daran zerbrochen ist, ob man ihn zum Schweigen gebracht hat oder ob ein tragischer Unglücksfall denen in die Hände spielte, die den Schlusstrich herbeisehnten, bleibt für mich eine offene Frage.“

Am 20. Februar 1969 verwarf der Bundesgerichtshof die Revision der Staatsanwaltschaft, der sich der Generalbundesanwalt angeschlossen hatte, und ließ den Freispruch gegen den SS-Lagerzahnarzt mit folgender Begründung bestehen: „Die bloße Zugehörigkeit des freigesprochenen Angeklagten Dr. Schatz zum Lagerpersonal und seine Kenntnis von dem Vernichtungswerk des Lagers reichen...nicht aus, ihm die während seines Lageraufenthalts begangenen Tötungen zuzurechnen...In der Ausübung seiner eigentlichen Tätigkeit im Lager, der zahnärztlichen Behandlung des SS-Personals, kann objektiv und subjektiv keine Beihilfe zu den Tötungshandlungen gesehen werden.“ Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs hatte zur Folge, dass lange Jahre Gehilfen der Massenmorde unbehelligt blieben.

Das Ergebnis, das die in das NS-System verstrickt gewesenen Justizjuristen der Bundesrepublik bei der Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht erzielten, ist von dem Bemühen bestimmt, sich selbst von einer Strafverfolgung auszuschließen und die Strafverfolgung im Übrigen in von

der damaligen Gesellschaft noch akzeptierten Grenzen zu halten. Dazu eignete sich insbesondere die Verfolgung von Exzesstätern in den Konzentrationslagern, durch die das Bild „abnormer, krankhafter, intellektuell minderbemittelter Sadisten aus der Unterschicht“ entstand, „von denen sich die Mehrheit der deutschen Bevölkerung leicht distanzieren konnte“ (Günther Morsch bei Eröffnung der Ausstellung „Die Konzentrationslager-SS in Sachsenhausen: Exzess- und Direkttäter“ am 22. März 2015). Diesen mordlustigen Handlanger der SS wurden zudem wenige skrupellose NS-Führer als die eigentlich Verantwortlichen zugeordnet, womit es gelang, die eigene Beteiligung am Unrechtsstaat zu verschleiern oder zu verdrängen. Wurde hingegen auf Befehl der NS-Führer gemordet, tendierte die Rechtsprechung dazu, die Befehlsempfänger nicht als Täter, sondern als bloße Gehilfen zu behandeln, wodurch unangemessene Strafmilderungen ermöglicht wurden.

Bauer blieb die Wahrnehmung erspart, dass durch das am 1. Oktober 1968 in Kraft getretene Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz in das Strafgesetzbuch eine Vorschrift eingefügt worden war (§ 50 Abs. 2), die es einer „bereitwilligen Justiz“ ermöglichte, die Verfolgung von Gehilfen der NS-Morde auch noch zu beschränken, wobei viele nicht an eine gesetzgeberische „Schludrigkeit“, sondern daran glauben, dass der Ministerialbeamte und ehemalige NS-Jurist Eduard Dreher der „Drahtzieher“ war.

Die vierte Phase: vom 16. November 1995 bis zur Gegenwart

Nach der Wiedervereinigung Deutschlands war die deutsche Justiz erneut mit der strafrechtlichen Aufarbeitung von Systemunrecht befasst und ich ganz persönlich als Leiter der dafür in Brandenburg im Juli 1992 eingerichteten Schwerpunktabtei-

lung für das Land Brandenburg. Zu diesem Zeitpunkt waren in Brandenburg und den übrigen neuen Bundesländern bereits zahlreiche Verfahren gegen ehemalige Richter und Staatsanwälte der DDR wegen des Vorwurfs der Rechtsbeugung eingeleitet worden. Im April 1993 wurde in der Deutschen Richterzeitung ein Interview mit mir veröffentlicht, in dem ich den Satz formulierte, dass man sich davor hüten müsse, „die Versäumnisse bei der Bewältigung des NS-Justizunrechts durch einen Übereifer bei der Bewältigung des SED-Justizunrechts wettmachen zu wollen.“ Der BGH ließ zwar nun Verurteilungen wegen Rechtsbeugung unbeanstandet, doch führte der 5. Strafsenat in einem Urteil vom 16. November 1995 aus, er neige zu dem Befund, „dass das Scheitern der Verfolgung von NS-Richtern vornehmlich durch eine zu weitgehende Einschränkung bei der Auslegung der subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestands bedingt war.“

Damit hat der Bundesgerichtshof Bauers Kritik an der früheren Rechtsprechung angenommen und seit dem Demjanjuk Urteil vom 12. Mai 2011 werden alle diejenigen, die in einem Vernichtungslager Dienst versehen haben, so wie Bauer es wollte, zumindest als Gehilfen der Massenmorde, verfolgt. Allerdings bleibt noch abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof dies auch so sehen wird. Für den Meinungswandel der Justiz dürften auch die Biografie von Irmtrud Wojak aus dem Jahre 2009 und der Dokumentarfilm von Ilona Ziok aus dem Jahr 2010 ursächlich sein, durch die Fritz Bauer und seine Rechtsauffassungen wieder ins kollektive Bewusstsein gerückt worden sind. Dieser Zusammenhang hat sich etwa bei der Urteilsverkündung in dem Verfahren gegen den „Buchhalter von Auschwitz“ am 15. Juli 2015 aufgedrängt, während der der Vorsitzende der Strafkammer des Landgerichts Lüneburg sagte: Oskar Gröning sei allein deshalb der Beihilfe schuldig, weil er

„Rad im Getriebe“ einer „insgesamt auf die Tötung von Menschen ausgerichteten Maschinerie“ gewesen sei.

Dass die Justiz diese Kehrtwende so spät vollzog, ist auch ein Versagen meiner Generation. Als ich 1972 mein Studium in Göttingen begann, lehrten dort - wie an vielen anderen Universitäten auch noch - Professoren, die erklärtermaßen überzeugte Nazis gewesen waren. Mit Rücksicht auf diese wurde die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht kaum thematisiert. Den Namen Fritz Bauer hörte ich weder während des Studiums noch während meiner Referendarzeit. Er wurde mir erst bekannt, als 1988 die von der „Kritischen Justiz“ herausgegebene Anthologie „Streitbare Juristen“ mit dem Essay von Ilse Staff erschien. Doch die Rechtsauffassungen Bauers haben sich mir erst durch die Arbeit an meinem Beitrag für das „Forschungsjournal“ erschlossen, was ich mir schon ein wenig zum Vorwurf mache.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. Erardo C. Rautenberg, Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg.