Ronen Steinke

Fritz Bauer und die ungesühnte Nazijustiz

Zum Umgang des einstigen hessischen Generalstaatsanwalts mit NS-Justizverbrechen[1]

I. Die aktuelle Kritik von Georg D. Falk

Es ist schon oft beklagt worden, dass kein Richter des NS-Staates später in der BRD für verbrecherische Urteile bestraft wurde. Kein Strafrichter der Nachkriegszeit war bereit, über Berufskollegen den Stab zu brechen. Einige Anläufe gegen diese Mauer des juristischen Korpsgeistes hat in den 1950er und 1960er Jahren der Frankfurter Generalstaatsanwalt Fritz Bauer unternommen. Seine Versuche, ehemalige NS-Richter strafrechtlich zu verfolgen, seien allerdings zu wenig konsequent gewesen, kritisiert nun der Frankfurter OLG-Richter a.D. Georg D. Falk, der im Auftrag des Landes Hessen die Geschichte der hessischen Justiz in der NS-Zeit erforscht.[2]

Falk schreibt: Fritz Bauer habe seine Ermittlungen gegen mehr als hundert einstige NS-Richter lieber eingestellt als weiterzugehen und vor Gericht „den Kampf aufzunehmen".[3] Die bisher in der Literatur verbreitete Ansicht, wonach Fritz Bauer gar nicht anders gekonnt habe und derartige Verfahren habe einstellen „müssen",[4] halte einer kritischen Überprüfung nicht stand. Vielmehr habe Bauer eine Strafverfolgung offenbar nicht recht gewollt. „Fachlich verfehlt und aus heutiger Sicht unverständlich", schreibt Falk,[5] der insofern sogar von einer besonderen „Tragik" Fritz Bauers spricht,[6] der sonst ja als

1 Für anregende Diskussionen danke ich Dr. h.c. Georg D. Falk, Prof. Dr. Rainer Keller, Dr. Helmut Kramer, Prof. Dr. Christoph Safferling, Maria Seitz und Dr. John Philipp Thurn.

2 Georg D. Falk, Der ungesühnte Justizmord an Stanis ławа Janczyszyn. Zur Einstellung eines Ermittlungsverfahrens durch die hessische Justiz im Jahre 1964, *Einsicht – Bulletin des Fritz-Bauer-Instituts*, Heft 14 (Oktober 2015), 40-47.

3 Falk (Fn. 2), 47.

4 So die Analyse bei Matthias Meusch, Von der Diktatur zu Demokratie. Fritz Bauer und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen in Hessen (1956 – 1968), Wiesbaden 2001, 251 f.; sowie Irmtrud Wojak, Fritz Bauer 1903 – 1968. Eine Biographie, München 2009, 371. In der Fritz-Bauer-Biografie des Verfassers, Fritz Bauer. Oder Auschwitz vor Gericht, München 2013, findet sich ein Fehler, auf den Falk zu Recht hinweist. Dort heißt es auf S. 257, bei den von Bauer gegen NS-Juristen eingeleiteten Verfahren seien „lediglich Freisprüche" herausgekommen. Richtig ist, dass bei den wenigen Verfahren, die es bundesweit je vor Gericht schafften, lediglich Freisprüche herauskamen; die von Bauer betriebenen Ermittlungsverfahren indes scheiterten alle schon vorher, vor Erreichen der Hauptverhandlung. Die Stelle ist von der 7. Auflage der Bauer-Biografie an entsprechend korrigiert.

5 Falk (Fn. 2), 47.

6 Ebd.

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-1-129

mutiger Aufklärer der NS-Vergangenheit in die deutsche Geschichte eingegangen ist und auch von Georg D. Falk bewundert wird.[7]

Dem Rechercheur Falk ist, wie er selbst betont, kein „Aktenfund" gelungen. Sondern er hat öffentlich zugängliche Akten in neuer Gründlichkeit studiert und anders analysiert als bisher.[8] „Rätsel um Fritz Bauer", hat das Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* daraufhin eine Meldung betitelt; die Analyse Falks werfe „Schatten auf das Wirken des jüdischen Sozialdemokraten Bauer".[9] Weitere Medien haben die aufsehenerregende neue Analyse Falks ungeprüft transportiert: „Fritz Bauer verschonte Nazirichter", so die *taz* vom 26.10.2015, „Manche Juristen ließ er davonkommen", so die *Gießener Allgemeine* vom selben Tag, u.v.m.[10]

II. Analyse

Bevor im Folgenden Falks Kritik an Fritz Bauers Einstellungspraxis analysiert wird, ein Wort zum historischen Kontext, der in Falks Aufsatz nur in der vorletzten Fußnote auftaucht, aber wichtig ist. Fritz Bauer trieb seine Mitarbeiter – unbestritten – dazu an, sich mit NS-belasteten Justizkollegen anzulegen. Schon 1951, zu Beginn seiner Amtszeit als Generalstaatsanwalt zunächst in Braunschweig, hat er sich, wie der Rechtshistoriker Helmut Kramer in Erinnerung ruft, „in die von der damaligen Braunschweiger Justiz boykottierte Strafverfolgung der an dem Todesurteil gegen den letzten Helmstedter Juden, Moses Klein, beteiligten drei Sonderrichter eingeschaltet und auf die Zulassung der gegen sie erhobenen Anklagen bestanden, zur großen Empörung der Braunschweiger Richter".[11] Das größte Aufsehen erregte Bauer, als er in den 1960ern Ermittlungen gegen dreißig ehemalige Generalstaatsanwälte und Oberlandesgerichtspräsidenten der NS-Zeit in Gang setzte, die mit ihrem Schweigen die massenhaften „Euthanasie"-Morde gedeckt hatten. Dies waren Ermittlungen wegen Beihilfe zur heimtückischen Tötung, die Bauer bis an sein Lebensende 1968 hartnäckig vorantrieb, vor Gericht bringen wollte und nie einstellte.[12]

Die jetzige Kritik Falks bezieht sich nicht hierauf, sondern auf den gleichzeitigen Umgang Bauers mit bislang unbekannten Fällen rangniederer NS-Staatsanwälte und -Richter;[13] etwa 150 Fälle, so schätzt Falk, der in den Aktenbeständen allerdings noch nach weiteren sucht.[14]

7 Zur Rolle Bauers auch bei der Gründung der KJ vgl. Steinke (Fn. 4), 263.
8 Gespräch des Verfassers mit Falk.
9 *Der Spiegel* 44/2015 (24.10.2015), 22.
10 Berichte und Leserbriefe u.a.: *FAZ* vom 26., 27. und 30.10.2015; *Frankfurter Rundschau* vom 26., 27. und 29.10.2015; *Frankfurter Neue Presse* v. 26.10.2015. In der *taz* v. 3.11.2015 setzt auch Micha Brumlik ausgehend von Falks Analyse voraus, Fritz Bauer habe auf Strafverfolgung „verzichtet".
11 Leserbrief Kramers in *taz* v. 2.11.2015; vgl. zu dem Fall Wojak (Fn. 4), 258 ff.
12 Die Rechtsprechung ließ Bauer mit dem Wunsch nach Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung jahrelang auflaufen. Nach Bauers überraschendem Tod 1968 stellte erst Bauers Nachfolger die Bemühungen ein. Vgl. Helmut Kramer, Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte als Gehilfen der NS-„Euthanasie". Selbstentlastung der Justiz für die Teilnahme am Anstaltsmord, KJ 1984, 25-43.
13 Falk (Fn. 2), 47.
14 Gespräch des Verfassers mit Falk.

Auch hier hatte Bauer unbestritten zunächst großen Verfolgungswillen gezeigt und die für NS-Verbrechen zuständige Abteilung seines Hauses zu großer Eile gedrängt, damit sie Ermittlungen gegen Dutzende hessische Justizangehörige noch vor Ablauf der Verjährungsfrist für Totschlag im Jahr 1960 aufnehme.[15] Später gab er sich dann aber doch geschlagen; bzw. er machte, so behauptet Falk, ohne Not einen Rückzieher.

Damit zur Rechtslage. Die praktische Frage, vor der Bauers Staatsanwälte zu Beginn der 1960er Jahre standen, war die, ob man den ehemaligen NS-Richtern würde Rechtsbeugung nachweisen können. Auf diesen Tatbestand (§ 336 a.F. StGB) kam es entscheidend an. An ihm durften Staatsanwälte nicht vorbeigehen und einfach direkt die vom NS-Richter tateinheitlich begangenen Einzelstraftaten wie etwa Mord in mittelbarer Täterschaft anklagen („Sperrwirkung" des Rechtsbeugungs-Tatbestands). Der Tatbestand hatte (und hat) hohe Hürden, in die Höhe geschraubt von den Richtern des Bundesgerichtshofs, die über den Wortlaut der Norm hinaus den Nachweis direkten Vorsatzes verlangten.[16] Dem Beschuldigten müsse das Bewusstsein nachgewiesen werden, dass das von ihm angewandte NS-Recht im Widerspruch zu übergesetzlichem Recht stand, also nichtig war. Weil sich dieses Bewusstsein bei besonders krassem NS-Recht nicht ernsthaft abstreiten ließ, wurde vom BGH noch die zweite Hürde eingezogen, dass es für den Nachweis dieses Bewusstseins nicht schon genüge, wenn der Täter das angewandte NS-Recht nur für „ungerecht, anstößig oder unsittlich" hielt, sondern erst, wenn ihm auch klar war, dass es „die elementaren ethischen Grundlagen des Menschseins verletzte".[17] Ein dritter Kniff der Rechtsprechung bestand darin, obendrein noch zu fordern, dass der Täter sich nicht nur dem NS-System unterordnete, sondern sich auch – eine Willenskomponente – zum Komplizen des als unsittlich erkannten Staates machte.[18]

Das heißt, es lohnte sich zwar durchaus, Ermittlungen gegen NS-Richter einzuleiten, um die Betreffenden von ihrer Vergangenheit einholen zu lassen. Aber wenn dann die Beschuldigten sich in der Vernehmung nicht äußerst ungeschickt – also ehrlich – zu ihrem Vorsatz einließen, musste der Ankläger die Übung bald wieder abbrechen. Die Chancen auf eine Verurteilung waren infolge der BGH-Vorgaben gleich Null. So erlebte es auch Fritz Bauer, wie er seinerzeit in einem Presse-Interview beklagte. „99 Prozent aller bisher eingeleiteten Ermittlungsverfahren mussten wieder eingestellt werden."[19] Viele

15 Meusch (Fn. 4), 246 ff., 251; Claudia Fröhlich, „Wider die Tabuisierung des Ungehorsams". Fritz Bauers Widerstandsbegriff und die Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Frankfurt am Main 2006, 287.

16 Leipziger Kommentar zum StGB, 8. Aufl. 1958, § 336, Anm. V. Kritisch dazu Ursula Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Tatbestandes, Berlin 1982, 86-91: „Einengung der Strafbarkeit ... gegen den klaren Gesetzeswortlaut".

17 Vgl. Reinhart Maurach, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964, 715.

18 Vgl. ebd.

19 Bauer im Gewerkschaftsmagazin *Welt der Arbeit* v. 13.7.1962: „Strafrechtlich ist nichts zu machen, weil auch der Tatbestand des Totschlags nicht ausreicht. Der Bundesgerichtshof verlangt nach seiner Rechtsprechung von allen Gerichten den Nachweis, dass der angeklagte Richter oder Staatsanwalt auch wissentlich Recht gebeugt hat. Um das nachzuweisen, benötigt man in aller Regel ein Geständnis des Angeklagten. Eine Verurteilung ist so gut wie unmöglich. 99 Prozent aller bisher eingeleiteten Ermittlungsverfahren mussten wieder eingestellt werden. Die belasteten Herren haben einfach gesagt: „Wir haben den Fall vergessen", oder „Wir lüften das Beratungsgeheimnis nicht!", oder „Ich war gegen das Todesurteil, aber ich wurde überstimmt in der Kammer". Sicher hat es manchen jungen Assessor gegeben, der sich widerwillig dem Druck der Kollegen beugte. Aber wird immer die Wahrheit gesagt? (...)"

Jahre später räumte der BGH selbstkritisch ein, „dass das Scheitern der Verfolgung von NS-Richtern vornehmlich durch eine zu weit gehende Einschränkung bei der Auslegung der subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestandes bedingt war."[20]

Wie ging nun Bauer mit diesen Schwierigkeiten um? Der Rechtshistoriker Falk stellt einen exemplarischen Fall vor.

Die Polin Stanis ława Janczyszyn hatte 1943 in Lemberg einen dreieinhalb Jahre alten jüdischen Jungen bei sich beherbergt, weil dessen Eltern zur Zwangsarbeit eingezogen worden waren und sich nicht um ihn kümmern konnten. Das NS-Sondergericht in Lemberg verurteilte die Frau dafür zum Tode – wegen „Unterschlupfgewährung" nach § 4b der von Hitlers „Generalgouverneur" Hans Frank unterzeichneten „Dritten Verordnung über Aufenthaltsbeschränkungen" für Juden. Die Frau und auch der dreieinhalb Jahre alte Junge wurden erschossen. Sogar nach der genannten NS-Verordnung wäre es den Richtern möglich gewesen, einen minder schweren Fall anzunehmen und lediglich eine Freiheitsstrafe zu verhängen.[21]

Zwanzig Jahre später redeten sich zwei der drei beteiligten NS-Sonderrichter (der dritte blieb unauffindbar) in ihrer Vernehmung heraus, sie hätten keinen Vorsatz gehabt: „Der Gedanke, diese Verordnung könnte ... „gesetzliches Unrecht" darstellen, konnte unter den seinerzeit im Generalgouvernement herrschenden Verhältnissen nicht aufkommen", erklärte Helmut Pirk, inzwischen Oberregierungsrat beim Landesverwaltungsamt Berlin. Sein Mitbeschuldigter, Ernst Krüger, inzwischen Notar im nordhessischen Arolsen, gab zu Protokoll: „Die Verordnung hat ... einen durch die Kriegsverhältnisse bedingten Ordnungssinn gehabt und insoweit auch eine Gerechtigkeit angestrebt. ... Schließlich möchte ich in diesem Zusammenhang bemerken, dass es in der Justiz – auf jeden Fall aber mir – bis dahin nicht bekannt war, dass ein Richter die Anwendung eines ordnungsgemäß erlassenen Gesetzes ablehnen kann."[22]

Fritz Bauers Bewertung war deutlich: „Das krasse Todesurteil und die nicht überzeugenden Einlassungen der Beschuldigten dazu legen den Gedanken an den Antrag auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung nahe", teilte Bauer 1964 seinem Justizminister mit. „Es ist jedoch nicht damit zu rechnen, dass das Gericht ihm entsprechen würde."[23] Aus diesem Grund brachte Bauer den Fall gar nicht erst vor einen Richter, sondern stellte das Verfahren bald nach der Beschuldigtenvernehmung ein.

Bauer formulierte den Entwurf der Einstellungsverfügung, den sein Mitarbeiter StA Eberhard Kaiser ihm vorlegte, noch persönlich handschriftlich um.[24] Während StA Kaiser, seine Ermittler-Niederlage einräumend, nur knapp resümiert hatte, dass die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes unüberwindbar bleibe angesichts der vom BGH aufgestellten exorbitant hohen Hürden und des von den beiden Beschuldigten sorgfältig abgestrittenen Vorsatzes („Den Beschuldigten ist nicht nachzuweisen, dass sie sich bewusst gewesen sind, gegen das Recht zu verstoßen oder aus niedrigen Beweggründen im Sinne der Rechtsprechung zu § 211 StGB gehandelt zu haben (BGHSt 18, 37ff.)"),[25] ist die von Bauer abgeänderte Version offensiver. Bauer redigiert in die Einstellungsverfü-

20 Urt. v. 16.11.1995, BGHSt 41, 317.
21 Vgl. Falk (Fn. 2), 41.
22 Zit. nach Falk (Fn. 2), 42.
23 Zit. ebd., 43.
24 Die Handschrift hat Falk mithilfe der einstigen Bauer-Mitarbeiter und späteren OStAe Gunther Mitscher und Johannes Warlo authentifiziert.
25 Zit. nach Falk (Fn. 2), 43.

gung seines Mitarbeiters wenigstens scharfe Worte gegen die einstigen NS-Sonderrichter hinein, die es sich in der Bundesrepublik wieder gemütlich gemacht haben. Erstens stellt Bauer klar, dass er den Beteuerungen der Beschuldigten, sie hätten die Grausamkeit ihres Urteils nicht erkannt, keinen Glauben schenkt: „Die Einlassungen der Beschuldigten hinsichtlich des Todesurteils überzeugen nicht", korrigiert Bauer.

Zweitens verzichtet Bauer nicht auf eine – allerdings verkürzte – Stellungnahme zur Rechtsbeugung gem. § 336 a.F. StGB. Er bejaht in der ersten Hälfte des nächsten Satzes sogar § 336 a.F. StGB: „Auch wenn aber *davon ausgegangen wird, dass sie sich der Grausamkeit der Todesstrafe bewusst waren …* " (Hervorhebung durch Verf.) Bauer meint also, dass bei korrekter Würdigung des Sachverhaltes die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestands hier überwindbar sei. Erst in der folgenden zweiten Hälfte des Satzes räumt Bauer ein, dass dies nichts bringe, weil der damit freiwerdende Weg zu einer Anschuldigung wegen des eigentlich interessierenden Deliktes – Mord in mittelbarer Täterschaft – doch ins Leere läuft: „... so lässt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachweisen, dass sie insbesondere aus niedrigen Beweggründen im Sinne der Rechtsprechung zu § 211 StGB gehandelt haben (vgl. BGHSt 18, 37 ff.)."

Dieser Pessimismus Bauers bzgl. § 211 StGB war nicht verfehlt, denn seinerzeit wurde von der Rechtsprechung gefordert, dass der Täter sich die Niedrigkeit, hier Rassenhass, zu eigen machte oder gezielt zu eigenen Zwecken nutzte – eine extrem hohe Beweishürde.[26] Dieser Nachweis war angesichts der Einlassungen der Beschuldigten nicht zu erbringen.[27] Ein solcher Mord-Vorwurf wäre die letzte und einzige Hoffnung der Ankläger in diesem Lemberger Fall gewesen, alle anderen Tatbestände (wie Totschlag und Rechtsbeugung) waren verjährt. Bauer formulierte in seiner Einstellungsverfügung: „Daher scheidet eine Strafbarkeit wegen vollendeten oder versuchten Mordes aus. Einer Strafverfolgung wegen vollendeten oder versuchten Totschlags steht, wie bereits erwähnt, die inzwischen eingetretene Verjährung entgegen. Somit musste das Ermittlungsverfahren eingestellt werden."[28]

Gewiss, Bauer hätte die Möglichkeit gehabt, es zu versuchen, das heißt die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung nach § 180 a.F. StPO, die seinerzeit einer Anklageerhebung vorgeschaltet war, trotz seines Pessimismus zu beantragen. Vielleicht würde ein Richter das Verfahren doch noch etwas am Leben halten, zumindest eine kurze Weile

26 BGHSt 18, 37 ff.; Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 12. Aufl. 1965.

27 A.A. Falk (Fn. 2), 45, mit der Begründung, die Einlassungen der Beschuldigten seien „grotesk", also unglaubwürdig gewesen. Das sah, wie oben dargestellt, allerdings auch Bauer so. Nur machte das die hohen Beweisanforderungen des BGH zum subjektiven Tatbestand (letztlich: Geständnis) nicht schon umgehbar.

28 Zit. nach Falk (Fn. 2), 43. Anschließend teilte Bauer noch dem Vater des ermordeten dreieinhalb Jahre alten Kindes, der Strafanzeige erstattet hatte, in einem Brief sein Bedauern darüber mit, dass das Verfahren wegen Verjährung eingestellt werden musste – eine Mitteilung, die Falk für unaufrichtig hält, obwohl sie korrekt die Rechtslage à la BGH wiedergab. Falk schreibt ebd.: „Auch bei der Nachricht an den Vater des ermordeten Kindes formuliert Bauer den Entwurf um. Die eigentliche Begründung für die Einstellung wird nicht mitgeteilt, stattdessen wird auf eine Verjährung verwiesen. Natürlich wusste Bauer, dass ein Mord nicht verjährt war; ihm ging es vermutlich um eine wenigstens vordergründig plausible Erläuterung für die Einstellung gegenüber dem Anzeigeerstatter."

lang? Hin und wieder hat ein Staatsanwalt dies versucht,[29] wenn auch meist erfolglos, und auch Fritz Bauer selbst hat selbiges in seinen aufsehenerregenden Ermittlungsverfahren wegen der „Euthanasie"-Morde jahrelang hartnäckig versucht, dort also in Falks Worten „den Kampf aufgenommen" gegen die Mauer des richterlichen Korpsgeistes.

Vielleicht wäre Bauer in diesem besonderen Fall auch ein kurioser Zufall zu Gute gekommen, der Falk aufgefallen ist (was aber nur für diesen einen Fall gilt, nicht für die mehr als hundert weiteren eingestellten Ermittlungsverfahren zu Nazijustiz). Wenn das Landgericht sich geweigert hätte, angesichts von Bauers Ermittlungsergebnissen zu dem Lemberger Justizmord an Stanis ława Janczyszyn eine Voruntersuchung zu eröffnen, so wäre dieser Streit gemäß der Geschäftsverteilung ausgerechnet auf den Schreibtisch des OLG-Richters Arnold Buchthal gekommen: eines Juden, den die Nazis 1933 aus der Justiz geworfen hatten und der 1947 mit amerikanischen Kriegsverbrechens-Anklägern nach Deutschland zurückgekehrt war.[30]

Aber angenommen, Buchthals Senat wäre Bauer in einer erfreulichen Ausnahme-Entscheidung beigesprungen und hätte sich mit ihm gegen die damalige Rechtsprechung des BGH aufgelehnt: Wie weit wäre das Verfahren von dort aus noch weitergegangen? Dass ein weiterer Richter im nächsten Schritt die Anklage zugelassen hätte (was eine Verurteilungsprognose voraussetzte), ist nach allem, was man damals wusste und heute weiß, unwahrscheinlich. Dass es irgendwann gar zu einer Verurteilung gekommen wäre (der Instanzenzug führte direkt zum BGH), ist angesichts des sorgfältigen Abstreitens jeglichen Vorsatzes seitens der Beschuldigten sowie der von Bauer erkannten Haltung des BGH kaum vorstellbar.

Ist das ein Grund, es gar nicht zu versuchen? Schon wahr, es ist auch die Aufgabe des Staatsanwalts, das Recht im Sinne des Legalitätsprinzips weiterzuentwickeln, und das kann der Staatsanwalt nur durch Anklagen und überzeugende Auftritte vor den Richtern erledigen. Insofern musste Bauer im Prinzip anklagen, wenn zumindest er selbst meinte, es sei im Lemberger Fall eine Straftat nachweisbar (selbst wenn die damalige Rechtsprechung sich solchen Ungehorsam von Staatsanwälten ausdrücklich verbat).[31] Es bleibt die Frage, wieso Bauer nicht entgegen der BGH-Rechtsprechung versucht hat, die Richter umzustimmen, zumal er etwa auch im Auschwitz-Verfahren die BGH-Auffassung angegriffen und sich ihr nicht präventiv gebeugt hat.[32]

Allerdings, an den oben beschriebenen, sehr trüben Aussichten ändern auch die guten Argumentationsideen des Rechtshistorikers Falk aus dem Jahr 2015 wenig, die abschließend noch kurz dargestellt werden sollen. Auch in den erwähnten beiden Großverfahren (Euthanasie und Auschwitz), auf die Bauer sehr viel mehr von seiner Energie und Kampflust verwendete, gelang es ihm bekanntlich letztlich nicht, die Rechtsprechung in

29 Einen Fall aus dieser Zeit, in dem eine StA bei einem ähnlich gelagerten Sachverhalt zumindest die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung beantragte, hat Falk in Lübeck 1965 gefunden; Falk (Fn. 2), 47.

30 Ebd.

31 Die heute h.L. nimmt an, die Staatsanwaltschaft dürfe Anklage erheben, wenn sie – abweichend von den Präjudizien – ein Verhalten für strafbar hält, denn sie sei an das Gesetz gebunden (§ 152 Abs. 2 StPO). BGHSt 15, 155 (Urt. v. 23.9.1960) hingegen verwies strikt darauf, dass das bindende Gesetz von der Rechtsprechung verbindlich konkretisiert wird. Änderungen oblägen der demokratischen Gesetzgebung.

32 Vgl. zu Bauers konsequentem Angehen im Frankfurter Auschwitz-Prozess gegen die damals bereits gefestigte Gehilfenrechtsprechung des BGH etwa Steinke (Fn. 4), 205-210.

dogmatischen Fragen umzustimmen und die Mauer ihrer Apologie (z.B. Gehilfenrechtsprechung) zu durchbrechen.

Falk argumentiert, Bauer habe gute Chancen gehabt, sie bloß nicht genutzt. Falk führt dafür einen Präzedenzfall an: Es gab eine Mut machende Entscheidung des BGH gegen einen DDR-Richter wegen Rechtsbeugung zu Lasten von Zeugen Jehovas (allerdings erst ein Jahr nach Bauers monierter Einstellung des Verfahrens wegen des Lemberger Todesurteils, nämlich erst 1965). In diesem Fall hatte sich der BGH einmal nicht schwergetan, einen direkten Rechtsbeugungs-Vorsatz eines Richters zu bejahen und so zu einem Schuldspruch zu gelangen. (Begründung der BGH-Richter: „Der Angeklagte ist Volljurist, von dem erwartet werden kann, dass er ein Gefühl dafür hat, ob eine Strafe in unerträglichem Missverhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht.“)[33] Die Doppelmoral ist frappierend; das heißt aber natürlich nicht, das ein Anprangern dieser Doppelmoral schon genügt hätte, um den BGH von ihr abzubringen.

Nicht ganz fair ist es, wenn Falk heute suggeriert, dem NS-Aufklärer Bauer hätten beim BGH sogar Türen weit offen gestanden. Falk schreibt: Bauer hätte „ohne Weiteres“, „ohne Schwierigkeiten“,[34] ja „unschwer“[35] mit Rückendeckung des BGH eine Strafverfolgung der Lemberger NS-Sonderrichter erreichen können. Dabei hätte ihm die Sperrwirkung des Rechtsbeugungs-Tatbestandes gar keine Sorge bereiten müssen. „Die Frage der Rechtsbeugung seitens der Richter des Sondergerichts spielt bei der Fallgestaltung eigentlich keine Rolle“, meint Falk.[36] Denn wenn der objektive Tatbestand nur drastisch genug war, so bedurfte es Falk zufolge beim BGH seinerzeit gar nicht mehr „der Feststellung einer vorsätzlichen Rechtsbeugung, um“ die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestandes zu überwinden und somit „den Richter auch wegen tateinheitlicher anderer Taten zu bestrafen.“[37] „Die Sperrwirkung des Rechtsbeugungstatbestands greift ... dann nicht, wenn das Urteil in Wirklichkeit eine reine Willkürmaßnahme exekutiert. Das gilt in besonderem Maße für Urteile unter Anwendung solcher Normen des NS-Staates, die evident als extremes Unrecht identifiziert werden können.“[38] Hat der BGH dies tatsächlich vertreten? Eine solche Haltung der Rechtsprechung wäre nicht ganz logisch – damit würde der BGH gerade in NS-Fallgestaltungen ein Schlupfloch durch seine eigenen, mühevoll aufgetürmten Hürden des Rechtsbeugungstatbestands schaffen. Zum Beleg für diese angebliche Haltung des seinerzeitigen BGH führt Falk nur den Leipziger Kommentar zum StGB von 2011 sowie Literaturstimmen von 1993 und 2003 an, die gerade nicht die Haltung des BGH referieren, sondern diesem vielmehr eine sympathische Minderheitenmeinung entgegensetzen.[39] Es gibt keine Erfolgsbeispiele

33 BGHSt 14, 147 f.
34 Falk (Fn. 2), 44.
35 Ebd., 45.
36 Ebd., 44.
37 Ebd.
38 Ebd.
39 Friedrich-Christian Schroeder, Der Rechtfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen, Goldtammers Archiv für Strafsachen, Jg. 140 (1993), 389-405 (397 f.) verweist seinerseits lediglich auf eine Literaturstimme von 1968, dem Jahr von Bauers Tod. Damals habe Begemann, NJW 1968, 1362, sich für die Auffassung starkgemacht, dass bei im Sinne der Radbruch'schen Formel nichtigen Unrechts-Urteilen die Sperrwirkung des § 336 a.F. StGB unabhängig vom Vorsatz nicht eintrete. Dies blieb jedoch eine Einzelstimme, wie Schroeder auch schreibt. Die weiteren Literaturstimmen, die sich später mit Begemanns Vorschlag befasst hätten, hätten aus dogmatisch-logischen Gründen widersprochen. Die Rechtsprechung hat sich von Begemann erst recht nicht überzeugen

dafür, dass solche Argumente je vor Gericht verfangen und einen Schuldspruch gegen einen NS-Richter ermöglicht hätten.

III. Fazit

Hätte Fritz Bauer bei seinem Versuch, ehemalige NS-Blutjuristen zur Verantwortung zu ziehen, mehr erreichen können, wenn er noch energischer gekämpft hätte, so energisch wie bei manchen anderen NS-Fällen, die er stärker zu seiner Priorität machte? Hätten sich die Richter des BGH dann irgendwann erweichen lassen und die Mitglieder ihres eigenen Berufsstands doch noch für deren Verbrechen zur Verantwortung gezogen? Die Frage ist kontrafaktisch, man kann sie historisch nicht beantworten. Die ehrliche Antwort lautet: Wer weiß. Der Korpsgeist der damaligen Richterschaft war enorm. Es ist verdienstvoll und dankenswert, dass OLG-Richter a.D. Georg D. Falk gründlichere Aufmerksamkeit für diese Frage anmahnt, die die bisherigen drei Fritz-Bauer-Biografien (einschließlich der des Verfassers von 2013) nur knapp behandelt haben. Der scharf formulierte Vorwurf gegen Bauer, mit dem Falk nun aufhorchen lässt – was auch deshalb leicht gelingt, weil er die Haltung der bisherigen Fritz-Bauer-Forschung „intellektuell unredlich“ nennt[40] –, ist aber nicht zu halten.

lassen. – Drei Jahrzehnte später zeigte auch Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, Berlin 2003 auf S. 57 Sympathie für diesen Vorschlag. Nicht aber ohne zu beklagen (59 ff., insb. 61), dass sich der BGH für den Gedanken gerade nicht aufschloss, sondern bei NS-Fallgestaltungen stark auf subjektiven Kriterien beharrte. Quasten: „Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Begriff des Scheinverfahrens durch den Bundesgerichtshof an keinen objektiven, rechtlich materialisierten Grundsätzen orientiert wird. Er wird vielmehr an den kaum zu führenden Nachweis des subjektiven, das Recht ablehnenden Gedankenvorstellungen des Richtenden gebunden.“.

40 Zit. nach *Frankfurter Rundschau* v. 27.10.2015.