

Irmtrud Wojak

Herrschaft der Sachverständigen?

Zum ersten Frankfurter Auschwitz-Prozeß

605

Im Rahmen der Vorbereitungen zum ersten Frankfurter Auschwitz-Prozeß, der im Dezember 1963 im Römer eröffnet wurde, entstanden auf die Initiative des Hessischen Generalstaatsanwalts Fritz Bauer sieben zeithistorische Sachverständigengutachten.¹ Sie lagen bereits zum Zeitpunkt der Abfassung der Anklageschrift vor. Helmut Krausnick, Martin Broszat und Hans Buchheim erstellten am Institut für Zeitgeschichte vier der Expertisen, die bis heute Standardwerke der historischen Forschung geblieben sind und 1965 unter dem Titel »Anatomie des SS-Staats« veröffentlicht wurden.² Erst seit Anfang der 80er Jahre wandte sich die Forschung wieder der Geschichte der Konzentrationslager und dem Schicksal der Opfer des NS-Systems zu.³

Fritz Bauers Initiative war es auch zu verdanken, daß Hans Buchheim das erste Gutachten über *Die Organisation von SS und Polizei unter nationalsozialistischer Herrschaft* am 8. Februar 1964 dem Gericht vortragen konnte.⁴ Der Hessische Generalstaatsanwalt, der sich offenbar nicht sicher war, daß das Gericht einer Verlesung der Gutachten zustimmen würde, bat den Historiker zum 16. Verhandlungstag nach Frankfurt: Als »präzises Beweismittel«, erklärte Buchheim später in einem Interview, seien die Richter danach gezwungen gewesen, ihn als Zeugen zur Verlesung des Gutachtens vor das Gericht zu laden.⁵ Im Haus »Gallus«, wohin das Gericht inzwischen umgezogen war, trug Buchheim am 60. Verhandlungstag, dem 2. Juli 1964, das zweite Gutachten vor, welches *Das Problem des Befehlsnotstands bei den von dem nationalsozialistischen Regime befohlenen Verbrechen aus historischer Sicht* behandelte.⁶

Detaillierter als je bei den vorausgegangenen Verfahren in Deutschland wurde im Auschwitz-Prozeß das Gesamtgeschehen der »Endlösung« anhand historischer Gutachten dargelegt. Zugleich schilderten die Zeugen erstmals vor einer breiten Öffentlichkeit die an den Häftlingen begangenen Grausamkeiten und den genauen Vollzug der Vernichtung. Etwa 20 000 Zuschauer, darunter viele Schulklassen, besuchten den Prozeß. Diese vom Hessischen Generalstaatsanwalt hervorgehobene, ausgeprägte Anteilnahme der Bevölkerung am Auschwitz-Prozeß schlug sich auch in der Presse nieder: »Führerbefehle waren nicht rechtsverbindlich«, »Sie wußten, daß sie Unrecht taten. Gutachter: Kein Befehlsnotstand für KZ-Bewacher«, »Historiker bejaht Mitschuld der SS an Verbrechen«, verkündeten die Frankfurter Zeitungen nach Verlesung des Gutachtens über den »Befehlsnotstand«.⁷

1 Vgl. Norbert Frei: »Der Frankfurter Auschwitz-Prozeß und die deutsche Zeitgeschichtsforschung«, in: Fritz Bauer Institut (Hrsg.), *Auschwitz. Geschichte, Rezeption und Wirkung. Jahrbuch 1996 zur Geschichte und Wirkung des Holocaust*. Frankfurt am Main/New York 1996, S. 123–138, hier: S. 128 ff.

2 Hans Buchheim/Martin Broszat/Hans-Adolf Jacobsen/Helmut Krausnick (Hrsg.), *Anatomie des SS-Staates*. Bd. I und Bd. II, Olten/Freiburg 1965.

3 Frei (Fn. 1), S. 131.

4 Hans Buchheim: »Die SS – Das Herrschaftsinstrument«, in: Ders. u. a. (Fn. 2), S. 13–256. Als juristische Kommentare zu den Gutachten vgl. Walter Lewald: »Das Dritte Reich – Rechtsstaat oder Unrechtsstaat«, NJW 1964, S. 1658–1661. Ernst Forsthoff: »Der Zeithistoriker als gerichtlicher Sachverständiger«, NJW 1965, S. 574 f.

5 Interview von Rolf Bickel mit Hans Buchheim anlässlich der Dokumentation des Hessischen Rundfunks über den Auschwitz-Prozeß (*Strafsache 4 Ks 2/63*) aus dem Jahre 1995 (o. D.), Fritz Bauer Institut, Sammlung Auschwitz-Prozeß.

6 Hans Buchheim (Fn. 4), S. 257–382.

7 Vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3. 7. 1964; *Frankfurter Neue Presse*, 3. 7. 1964; *Frankfurter Rundschau*, 3. 7. 1964.

Die psychologischen Abwehrreaktionen gegenüber den KZ- und Einsatzgruppenprozessen, die während des Auschwitz-Prozesses verstärkt hervortraten, hingen mit der detaillierten Rekonstruktion des Handelns der Täter zusammen, die zugleich die Frage der Schuld oder Mitschuld der ganzen Gesellschaft aufwarf. Die schon eingeübte Kritik – die sich auch in Drohbriefen an die Frankfurter Staatsanwaltschaft äußerte, so daß das Haus »Gallus« schließlich vor jedem Prozeßtag auf versteckte Sprengkörper untersucht werden mußte – galt einem Prozeß, in dem dieses Mal keine »Schreibtischtäter« angeklagt wurden, sondern die unmittelbaren Vollstrecker der Vernichtung: »Die Anklage der Vollstrecker ließ eine [scheinbare – I. W.] Selbstentlastung wie bei den »Hauptschuldigen« nicht mehr zu.«⁸

Die Stoßrichtung der öffentlichen Kritik traf den Kern der juristischen Problematik des Auschwitz-Prozesses. Fritz Bauer faßte sie in die Worte: »Sind diejenigen, die in Auschwitz waren, dabei gewesen, weil sie selber Nazis waren oder nicht? [...] Es gab ja in Deutschland nicht nur den Nazi Hitler und nicht nur den Nazi Himmler.«⁹ Als die richterlichen Instrumentarien, die bei der Urteilsfindung in NS-Prozessen als »Einfallstore für außerrechtliche, durch das politisch-soziale Umfeld beeinflusste Denkmuster« gelten konnten, waren die Entscheidungen der Gerichte über Gehilfenschaft anstelle von Täterschaft und eine Strafzumessung, die eine ungleiche, mildere Behandlung der NS-Täter bedeutete, gerade in der Vorphase des Auschwitz-Prozesses zunehmend öffentlich kritisiert worden.¹⁰

Tatsächlich bereiteten die arbeitsteilige Organisation der Morde und die vom Staat befohlenen Verbrechen den Richtern, die die individuelle Schuld der Angeklagten feststellen mußten, in der Auslegung der subjektiven Teilnahmelehre, die nach dem interpretierten subjektiven Willen auf Täterschaft oder Gehilfenschaft schließt, gerade in den KZ-Prozessen große Schwierigkeiten. Dabei läßt sich in der Rechtsprechung die Tendenz ausmachen, die KZ-Verbrechen aufgrund einer extensiven Auslegung der subjektiven Teilnahmelehre lediglich als Beihilfe zum Mord nach § 27 StGB zu verurteilen.¹¹ Die jüngere Forschungsliteratur hat diese Tendenz als Folge der Traditionsverhaftung der Justiz und ihres mangelnden Willens betrachtet, die NS-Verbrechen aufzuarbeiten.¹² Begreift man sie zugleich als ein Spiegelbild der deutschen Nachkriegsgesellschaft, in das Historiker wie Juristen gleichermaßen einbezogen sind, stellt sich die Frage nach der Parteilichkeit historischer Forschung und der Unvoreingenommenheit juristischen Urteilens über den Nationalsozialismus. Dies hatte ein Pendant in der seit Mitte der 60er Jahre aufbrechenden Kontroverse über die Struktur des NS-Systems. Zugleich ist zu fragen, inwieweit historische Erklärungsan-

8 J. Wilke/B. Schenk/A. A. Cohen/T. Zemann: Holocaust und NS-Prozesse. Die Presseberichterstattung in Israel und Deutschland zwischen Aneignung und Abwehr, Köln/Weimar/Wien 1995, S. 140.

9 Fritz Bauer: »Zu den Naziverbrecher-Prozessen«, in: Fritz Bauer, Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften. Hrsg. v. Joachim Perels und Irmtrud Wojak, Frankfurt am Main/New York 1998, S. 110.

10 Vgl. in diesem Kontext Falko Kruse: »NS-Prozesse und Restauration. Zur justitiellen Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen in der Bundesrepublik«, in: *Kritische Justiz*, H. 2 (1978), S. 109–134, hier: S. 109. Zur Kritik des Deutschen Koordinierungsrats der Gesellschaft für Christlich-Jüdische Zusammenarbeit sowie des Rats der Evangelischen Kirchen (beide März 1963) vgl. Barbara Just-Dahlmann/Helmut Just, Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, Frankfurt/M. 1988, S. 111 f. und Reinhard Henkys, Die Nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Geschichte und Gericht, Stuttgart 1964, S. 340 und 346 f.

11 Vgl. Falko Kruse, »Zweierlei Maß für NS-Täter? Über die Tendenz schichtenspezifischer Privilegierungen in Urteilen gegen nationalsozialistische Gewaltverbrecher«, in: *Kritische Justiz*, H. 3 (1978), S. 236–253, hier: S. 237. Jürgen Baumann, »Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen«, in: Reinhard Henkys (Fn. 10), S. 306 ff.

12 Vgl. Falko Kruse (Fn. 11), S. 236–253, hier: S. 237. Jürgen Baumann (Fn. 11), S. 306 ff. Diverse Forschungsbeiträge finden sich in dem jüngst erschienenen umfassenden Sammelband der Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998.

sätze des Nationalsozialismus in das Auschwitz-Urteil eingingen und welche Aufschlüsse sie über das zeitgenössische Geschichtsbild zu liefern vermögen.

Die Erfahrung von Auschwitz legte es nahe, die Geschichte von 1933 bis 1945 unter moralischen Gesichtspunkten zu bewerten und über die Geschehnisse gleichsam zu Gericht zu sitzen. So schrieb Martin Broszat im Vorwort zur Buchausgabe der Gutachten, die »Hitler-Diktatur« sei »in jeder Beziehung eindeutig negativ zu beurteilen«,¹³ Das verstärkte die Tendenz zu einer moralisch-emotionalen Betrachtungsweise: »Wie schwer ist es aber«, bemerkte Broszat, »über Auschwitz nicht wirkungsvoll zu schreiben!«¹⁴

Der Historiker Ian Kershaw hat diese Problematik jeden Erklärungsversuchs des Nationalsozialismus mit der Frage aufgegriffen, wie der Historiker hoffen könne, »angemessen und ›objektiv‹ über ein Regierungssystem zu schreiben, das in einem solch riesigen Ausmaß Schrecken und Entsetzen verbreitet hat?«¹⁵ Die Spannung zwischen der objektivierenden Methode und der moralischen Einstellung des Historikers sowie dem politisch-ideologischen Rahmen, in dem er historische Entwicklungen erklärt, die Ian Kershaw in seiner Darstellung der Interpretationen des NS-Staats herausgearbeitet hat, spiegelte sich in der Kontroverse über die Struktur des NS-Systems. Seine Beobachtungen lassen sich in vieler Hinsicht auf die Rolle des Richters in NS-Prozessen übertragen, jedoch mit dem Unterschied, daß der letztere konkrete Individuen für verbrecherisches Handeln verantwortlich machen muß. Dieser Zugriff scheint den Richter in methodischer Beziehung fast ausschließlich auf die »Personengeschichte« zu verweisen.¹⁶

Trotz ähnlicher Ausgangspunkte trennten sich nach Überzeugung Fritz Bauers die Wege des Historikers und des Richters dort, wo der Richter individuelle Schuld zu verurteilen hat, während der Historiker die Aufgabe hat, das Gesamtgeschehen festzustellen. Die bisherigen NS-Prozesse hätten gezeigt, führte Bauer aus, daß ein hinreichendes Wissen von unserer Zeitgeschichte nicht vorausgesetzt werden könne.¹⁷ Daher sollten die Gutachten die Vorgänge »in das politische Geschehen der damaligen Zeit« hineinstellen, um die subjektiven Voraussetzungen der Täter, über die das Gericht zu urteilen hatte, zu erklären.¹⁸ Die Historiker sollten nicht zum Gegenstand des Verfahrens, also zu den Handlungen der einzelnen Täter Stellung nehmen, die vielmehr den »weißen Fleck« bildeten, der in der Hauptverhandlung aufgeklärt werden sollte.¹⁹

Auf derselben Ebene argumentierte der Historiker Hans Buchheim, indem er er-

13 Martin Broszat: »Vorbemerkung«, in: Ders/Hans Buchheim/Hans-Adolf Jacobsen/Helmut Krausnick (Hrsg.), *Anatomie des SS-Staates*. Bd. I, Olten/Freiburg 1965, S. 5–8, hier: S. 8.

14 Ebd.

15 Ian Kershaw: *Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick*, Reinbek 1988, S. 16. Der Versuch, angesichts von Auschwitz den Forschungsgegenstand »zwar einfühlsam zu »verstehen«, dabei aber kein moralisches Urteil abzugeben,« ist nach Kershaw im Falle des Nationalsozialismus unmöglich. Vgl. ebd., S. 38.

16 In noch stärkerem Maße als Erklärungsansätze der Historiker, die sich mit der Interpretation des gesellschaftlichen und politischen Kontextes auseinandersetzen, in dem eine unmenschliche, rassistische Ideologie in praktische Politik umgesetzt wurde, sind demnach die Urteile der Richter in NS-Prozessen auch möglichen Vorwürfen einer impliziten (moralischen) »Verharmlosung« ausgesetzt. Vgl. Kershaw (Fn. 15), S. 39 f. über entsprechende Vorwürfe gegen Historiker.

17 Fritz Bauer: »Herrschaft der Sachverständigen«, in: *Frankfurter Rundschau*, 10. 1. 1963 (Reihe: »Die Gefährdung des Rechtsstaats«).

18 Zitiert nach Norbert Frei (Fn. 1), aus: Institut für Zeitgeschichte (IfZ) – Hausarchiv, Karton I, Kopie eines Vermerks von StA Warlo (Behörde des Generalstaatsanwalts) vom 8. 11. 1962 über eine Besprechung der altpolitischen Dezernenten der Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht und den Staatsanwaltschaften Frankfurt (M.) und Wiesbaden am 7. November 1962 bei Herrn Generalstaatsanwalt Dr. Bauer.

19 Ebd. Einwänden der Verteidigung, »eine fragliche Tat sei einer plötzlichen Idee Hitlers [Hervorh. im Original] oder eines anderen Verantwortlichen entsprungen, ohne daß der die Tat ausführende Untergebene den Zweck des Befehls erkannt habe«, könne nur begegnet werden, wenn der politische Hintergrund der Tat aufgeklärt sei.

klärte, eine feste Basis zur Beurteilung des »Befehlsnotstandes« könne nur »aus einer Untersuchung der geistig-politischen Gesamtsituation gewonnen werden, in der die Tötungsbefehle erteilt wurden und in der die Befehlsempfänger sich befanden.«²⁰ Eine noch dezidiertere Formulierung der Aufgabe der Sachverständigen findet sich schließlich im Vorwort zur Buchausgabe, in dem es heißt, in den Gutachten sollte nicht davon die Rede sein, »was die SS im einzelnen g e t a n [Hervorh. im Original] hat«, sondern wie der Machtapparat »funktionierte, mit anderen Worten: wie totalitäre Herrschaft in der Alltagspraxis ausgeübt wurde«. Die geistigen Zusammenhänge, etwa die Mentalität der SS-Mitglieder und die besonderen Züge des nationalsozialistischen Antisemitismus, sollten erläutert und das Dickicht der organisatorischen Verflechtungen und sich überschneidender Kompetenzen entwirrt werden.²¹ Die Problematik der strafrechtlichen Beurteilung, die aus der bürokratischen Organisation der Morde und der Tatsache hervorging, daß es sich um vom Staat befohlene Verbrechen handelte, und die der Rechtsprechung in der Auslegung der Lehre von der Teilnahme erhebliche Schwierigkeiten bereitete, fand damit Eingang in die Gutachten, ohne daß diese beabsichtigten, ein bestimmtes kriminologisches Täterbild zu entwerfen. Offensichtlich herrschte zwischen Staatsanwaltschaft, Richtern und Historikern Übereinstimmung darüber, daß die Ursachen historischer Ereignisse nicht allein auf Motive zurückzuführen waren und nicht auf ideologische oder persönliche, nach dem Mordparagrafen des Strafgesetzbuches definierte, niedere Beweggründe reduziert werden konnten.²²

Die individuellen Taten, die das Gericht beurteilen sollte, wurden zunächst in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft niedergelegt. 23 Mitglieder der Waffen-SS und des Lagerpersonals sowie ein ehemaliger Funktionshäftling von Auschwitz (drei Verfahren wurden später abgetrennt, und der angeklagte ehemalige Kommandant, Richard Baer, starb vor Prozeßbeginn) wurden angeklagt, in den Jahren 1940 bis 1945 im Bereich des Konzentrationslagers Auschwitz »durch mehrere selbständige Handlungen teils allein, teils gemeinschaftlich mit anderen, aus Mordlust und sonst aus niederen Beweggründen, heimtückisch und grausam sowie teilweise mit gemeingefährlichen Mitteln [...] Menschen getötet zu haben.«²³ In allen Fällen lief die Anklage auf Mittäterschaft am Mord hinaus, während der Eröffnungsbeschluß am 7. Oktober 1963 in elf Fällen wegen Täterschaft (Mordes) erging und in vierzehn Fällen wegen Beihilfe zum Mord (gegen zwei Angeklagte erging der Beschluß wegen Mordes und zugleich Beihilfe zum Mord). Die wegen Beihilfe Angeklagten wurden beschuldigt, »als Gehilfen bei der Begehung von Verbrechen durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet zu haben.«²⁴

Im Ergebnis befanden die Richter zehn Angeklagte der gemeinschaftlichen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord schuldig (nach der Mindestzahl der Opfer, die der Begründung im Einzelfall zugrunde gelegt wurde, hatten sie Beihilfe zum Mord an 28 910 Menschen geleistet).²⁵ Ein Angeklagter wurde des gemeinschaftlichen Mordes in 342 Fällen für schuldig befunden, ein weiterer des Mordes in 14 Fällen, und fünf Angeklagte wurden des Mordes und gemeinschaftlichen Mordes für schuldig be-

20 Buchheim, »Befehl und Gehorsam« (Vorbemerkung), S. 257.

21 Broszat, »Vorbemerkung« (Fn. 2), Bd. I, S. 7.

22 Ein »forensischer Historismus«, den Ernst Forsthoff den Sachverständigengutachten nachsagte, ließ sich jedenfalls mit ihrer dezidierten Ausrichtung auf das Gesamtgeschehen – und nicht auf die von Forsthoff beschworenen »individuellen Ergebnisse« historischer Forschung – nicht vereinbaren.

23 Staatsanwaltschaft (StA) beim LG Frankfurt am Main: Strafsache gegen Baer u. a., Bd. 1, Anklageschrift, 16. 4. 1963, S. 14.

24 Vgl. LG Frankfurt, 3. Strafkammer, Eröffnungsbeschluß 4 Js 444/59, S. 8 (Bd. 88, S. 17075). Jürgen Baumann: »Warum Auschwitz-Prozesse?«, *Die politische Meinung* H. 98, Jg. 9 (1964), S. 53–63, hier: S. 54 hat auf diesen Beschluß hingewiesen.

25 Vgl. LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 5 ff.

funden (sie hatten Beihilfe zum Mord an 11 990 Menschen geleistet und gemeinschaftlichen Mord an 3 282 Menschen, in 605 Fällen konnte der Mord als selbständige Tat nachgewiesen werden). Drei der Angeklagten wurden freigesprochen.²⁶

Die Rechtsprechung im Sinne der Gehilfen- und nicht der Mittäterschaft, mit der das Gericht dem Eröffnungsbeschuß folgte, entsprach der Tendenz westdeutscher Gerichte, wesentlich mehr Angehörige des Vernichtungslagerpersonals als Gehilfen und nur wenige als Täter anzusehen.²⁷ Um zu klären, welche juristischen und historischen Interpretationen dieser Rechtsprechung zugrunde lagen, wird im folgenden auf die rechtliche Würdigung der Taten des Angeklagten Mulka Bezug genommen, die für eine extreme Auslegung der subjektiven Teilnahmelehre exemplarisch war. Sie wurde von den Richtern in den neun weiteren Beihilfefällen im Urteil wieder aufgegriffen.²⁸

Um ein Urteil zu finden, mußten die Verantwortlichkeiten für das Gesamtgeschehen geklärt werden. Dabei schloß sich das Gericht ausdrücklich den historischen Gutachten an.²⁹ Aus der Abtrennung des Staatsapparats von der NS-Führung, die Buchheim im Gutachten über die SS als Herrschaftsinstrument vornahm, ergab sich die alleinige Verantwortung der engeren politischen Führung. In Abgrenzung von Ernst Fraenkel's Theorie des »Doppelstaats«, die das NS-System als ein Nebeneinander von fortgeltender Staatlichkeit und außernormativer Führergewalt darstellte, meinte Buchheim, das Prinzip der Führergewalt sei dem Prinzip staatlichen Lebens derart entgegengesetzt, daß es überhaupt nicht mehr unter den Begriff »Staat« gefaßt werden könne.³⁰ Demnach hatte die Verordnung vom 28. Februar 1933 einen permanenten Ausnahmezustand begründet, aber eben doch noch einen Ausnahmezustand, nämlich »eine auf Artikel 48 der Reichsverfassung gestützte ausdrückliche Dispensierung von einer im Prinzip als fortgeltend betrachteten staatlichen Ordnung. Die reine Führergewalt dagegen war überhaupt nicht mehr normenbezogen, sie hatte keinen Ausnahmecharakter mehr, sondern war ein eigenständiges Prinzip.«³¹ Als Werkzeug der Führergewalt und zur Durchführung der Willkürmaßnahmen diente die SS.³² Die Richter im Auschwitz-Prozeß referierten – wie in den vorangegangenen Einsatzgruppenprozessen – zunächst die historischen Hintergründe der »Entwicklung der Judenfrage« und gelangten zu der Standardformel: »Haupttäter der [...] geschil-

²⁶ Ebd.

²⁷ Vgl. Stefan Wittke: »Teilexkulpation von KZ-Tatarn?«, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 547–594, hier: S. 579. In den sechs großen Prozessen wegen Massenverbrechen in Vernichtungslagern befanden die Richter zwischen 1963 und 1981 zwölf Angeklagte als Mörder und 34 als Mordgehilfen für schuldig, 20 wurden freigesprochen. Es handelt sich um Prozesse gegen Angehörige des Personals der Vernichtungslager Chelmo (Urteilsverkündung 1963), Belzec (München 1965), Treblinka (Düsseldorf 1965), Auschwitz (Frankfurt 1965), Sobibor (Hagen 1967), Majdanek (Düsseldorf 1979/81).

²⁸ LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 126 ff.

²⁹ Ebd., S. 85.

³⁰ Buchheim (Fn. 4), S. 21. Ernst Fraenkel: Der Doppelstaat, Frankfurt am Main 1981 (Orig. 1941).

³¹ Buchheim (Fn. 4), S. 23.

³² Ebd., S. 29; sowie ders., »Befehl und Gehorsam« (Fn. 4), S. 261 f. Für die Entstehung des SS-Staats bildeten die Herauslösung der Staatspolizei aus der übrigen Polizei und Einbeziehung der Kriminalpolizei in den Bereich der Staatspolizei sowie die Eingliederung der Polizei in die SS die entscheidenden Voraussetzungen. Im September 1939 führte diese Entwicklung in der Zusammenfassung der Sicherheitspolizei und des Sicherheitsdienstes des RFSS (SD) im Reichssicherheitshauptamt (RSHA) zur Gründung einer neuen Instanz im Bereich außernormativer Führergewalt. Die Verantwortlichkeiten bei der »Judenvernichtung« fielen in diesen Bereich des Chefs der Sicherheitspolizei und des SD. Die Deportationen und die Massenerschießungen durch die Einsatzkommandos gehörten in die Zuständigkeit des RSHA, die Vergasungen in den Vernichtungslagern wurden durch Sonderbefehle Himmlers angeordnet. Sie lagen damit im außernormativen Bereich der Führergewalt, ebenso wie der eigentliche Totungsbefehl Hitlers. – Den Sonderauftrag der Massenvernichtung in Auschwitz erteilte Himmler unter vier Augen dem Lagerkommandanten Rudolf Höss mit den Worten, der Führer habe die Endlösung der Judenfrage befohlen; vgl. Buchheim (Fn. 4), S. 148; ders., »Befehl und Gehorsam« (Fn. 4), S. 327.

derten Vernichtungsaktionen waren Hitler als Urheber des Befehls über »die Endlösung der Judenfrage« und Himmler, der diesen Befehl zu seinem eigenen Anliegen und mit fanatischem Eifer seine Ausführung betrieben hat, sowie weitere Personen des engsten Führungskreises wie Göring, Heydrich und andere [...].«³³ Bei der technischen und verwaltungsmäßigen Vorbereitung der »Endlösung« schalteten diese das RSHA ein sowie einige Dienststellen des Reiches, und von der SS ließen sie die Tötungen in den Vernichtungslagern durchführen. Diese Haupttäter mordeten aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch und grausam, also in Erfüllung des Tatbestands des § 211 des Strafgesetzbuches.³⁴

In der strafrechtlichen Beurteilung der Beteiligung des Angeklagten Robert Mulka, Adjutant des Lagerkommandanten Höss, stellten die Richter fest, daß Mulka auf Befehl eines Vorgesetzten bei der Selektion der Opfer auf der Rampe in Auschwitz »in vier Fällen einen kausalen Tatbeitrag zu den Massentötungen geleistet« hatte. »Durch die Benachrichtigung der einzelnen Abteilungen und das Geben der Einsatzbefehle nach der Ankunft der RSHA-Transporte« hatte er »die gesamte Mordmaschinerie in Gang gesetzt, also einen entscheidenden Beitrag für die Vernichtung [...] der Menschen geleistet.« Die Beihilfehandlungen zu jeder dieser vier Aktionen bewerteten die Richter jeweils als eine Handlung im Sinne einer gleichartigen Tateinheit (§ 73 StGB), durch die jeweils 750 Menschen getötet wurden und § 211 StGB jeweils durch ein und dieselbe Handlung 750 mal verletzt wurde.³⁵ Der Angeklagte befand sich weder in einem »Nötigungsnotstand« (§ 52 StGB) noch in einem allgemeinen Notstand (§ 54 StGB), sondern er hatte die vier Vernichtungsaktionen bewußt gefördert, anstatt mögliche »Ausweichmanöver« anzuwenden, um sich der Beteiligung zu entziehen.³⁶

Da Mulka – und bis auf den angeklagten Funktionshäftling Emil Bednarek auch alle übrigen Beschuldigten – Angehöriger der Waffen-SS war, war seine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 47 Militärstrafgesetzbuch (Ausführung eines Befehls in Dienstsachen) zu beurteilen.³⁷ Das Gericht mußte klären, ob ihm bekannt war, daß der Tötungsbefehl ein Verbrechen bezweckte. Der Angeklagte selbst hatte die Tötungen als »himmelschreiendes Unrecht« bezeichnet, so daß das Gericht von einem entsprechenden Unrechtsbewußtsein Mulkas ausging.³⁸ Er hatte die Vernichtung vorsätzlich gefördert und »auch nicht irrig angenommen, daß die Befehle, unschuldige jüdische Menschen zu töten, trotz ihres verbrecherischen Zweckes für ihn verbindlich seien, weil sie auf einem Befehl des Führers [...] beruhten.«³⁹ Als Gesetz konnte der Führerbefehl nicht angesehen werden, weil er geheim erteilt und nie veröffentlicht worden war.

Aus den Gutachten Buchheims ergibt sich die gleiche Auffassung. Da die Führergewalt in einer außernormativen geschichtlichen Vollmacht bestand, konnten Führerbefehle nicht rechtsverbindlich sein. Auch der Inhalt außernormativer Befehle wurde nach damaligen Vorstellungen durch den Führerbefehl nicht rechtsgültig, »sondern blieb vom geltenden Recht nicht gedeckt, hatte also unverkennbaren

33 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 126. – Zur vergleichbaren Rechtsprechung in den Einsatzgruppenprozessen: Bettina Nehmer: »Täter als Gehilfen? Zur Ahndung von Einsatzgruppenprozessen«, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.) (Fn. 27), S. 635–668, hier: S. 666.

34 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 127.

35 Ebd., S. 148.

36 Ebd., S. 146 und S. 148. (Im heutigen StGB § 35 und § 34).

37 Ebd., S. 135.

38 Ebd., S. 136.

39 Ebd., S. 145. Auch ein Irrtum über die Verbindlichkeit wäre aber kein Tatbestandsirrtum i.S.d. § 59 StGB gewesen, der zur Straffreiheit hätte führen müssen, sondern ein vermeidbarer »Verbotsirrtum« (im Sinne BGHSt 2, S. 194), der nur bei der Strafzumessung hätte Berücksichtigung finden können.

Unrechtscharakter.«⁴⁰ Die Richter schlossen sich dieser Interpretation an, indem sie sich auf die Kernbereichstheorie des Bundesgerichtshofs bezogen: »Aber auch wenn dieser Befehl in Gesetzesform oder in Form einer Verordnung veröffentlicht worden wäre, hätte er aus Unrecht niemals Recht schaffen können. Denn die Freiheit eines Staates, für seinen Bereich darüber zu bestimmen, was Recht und was Unrecht ist, ist nicht unbeschränkt. Im Bewußtsein der zivilisierten Völker besteht bei allen Unterschieden, die die einzelnen nationalen Rechtsordnungen im einzelnen aufweisen, ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf.«⁴¹

Indem die Richter (ebenso wie der Historiker) den Unrechtscharakter der Befehle feststellten, erkannten sie im Radbruchschen Sinne an, daß zumindest im Hinblick auf einen Ausschnitt des NS-Rechts »der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht [hatte], daß das Gesetz als ›unrichtiges Recht‹ der Gerechtigkeit zu weichen hat.«⁴² Sie bezogen diese Feststellung gesetzlichen Unrechts auch auf die Legitimität oder Illegitimität der Führungsgewalt und kamen zu dem Ergebnis, daß es sich bei den Tötungsbefehlen um verbrecherische Befehle handelte, es sich also nicht nur um ›unrichtiges Recht‹ handelte, sondern das Recht »überhaupt der Rechtsnatur [entbehrte].«⁴³ Tendenziell war dies eine Bestätigung der von Fraenkel geäußerten Möglichkeit, daß im nationalsozialistischen Maßnahmenstaat die Negation eines Rechtssicherheit gewährenden Rechts Wirklichkeit geworden war. Das Gericht behauptete nicht, daß es im NS-Staat überhaupt kein Recht mehr gab, sondern kam zu der Auffassung, daß die Angeklagten sich auch im Unrechts-Staat auf geltendes positives Recht berufen konnten. Damit trugen sie der Schutzfunktion des Rückwirkungsverbots (*nulla poene sine lege*) Rechnung. Zugleich jedoch war dies eine Legitimierung willkürlicher Staatsgewalt, denn das Gericht übertrug die Schutzfunktion des Rückwirkungsverbots auf ein nur vorgeblich »normales Recht« (§ 47 MStG), das als Teil des Maßnahmenstaates funktionierte und dessen Befehle als verbrecherisch erkannt wurden.⁴⁴

Vor die Frage gestellt, ob die an den nationalsozialistischen Massenverbrechen Beteiligten ein Unrechtsbewußtsein hatten, gelangte der Historiker zum gleichen Resultat. »Die charakteristische Geisteshaltung der Täter«, so Buchheim, »beruhte nämlich nicht auf einer totalen Umwertung aller Werte, bei der ein für allemal Recht für Unrecht erklärt worden wäre und umgekehrt; sie bestand auch nicht in einer absoluten Verneinung positiver und moralischer Normen überhaupt; sondern sie bestand darin, daß an sich anerkannte und im normalen Leben auch beachtete Normen für den Ausnahmefall im Namen einer geschichtlichen (oder auch politischen) Notwendigkeit suspendiert wurden. [...] Von den an den Verbrechen Beteiligten ist also im allgemeinen zu sagen [...], daß sie ein partiell suspendiertes Unrechtsbewußtsein besaßen.«⁴⁵ Dieses aus ideologischen Gründen suspendierte Unrechtsbewußtsein erkläre, daß die Taten zum Teil von Leuten begangen wurden, die

40 Buchheim, »Befehl und Gehorsam« (Fn. 4), S. 328. Vgl. dagegen Gerhard Werle/Thomas Wandres: *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz*, München, S. 35, die den Führerbefehl nach der damaligen Rechtsauffassung als Rechtsquelle betrachten.

41 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 130 (unter Verweis auf BGHSt, 2, S. 234).

42 Gustav Radbruch, »Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht«, *Süddeutsche Juristenzeitung* Nr. 5, Jg. 1 (1946), S. 105–108, hier: S. 107. Zur punktuellen Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung im Sinne der Radbruchschen Formel vgl. Clea Laage: »Auseinandersetzung um gesetzliches Unrecht nach 1945«, in: *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.) (Fn. 27), S. 265–297, hier: S. 269.

43 Radbruch (Fn. 42), S. 107. Vgl. Laage (Fn. 42), S. 268 f.

44 Vgl. Joachim Perels, »Die Restauration der Rechtslehre nach 1945«, in: *Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.) (Fn. 27), S. 237–264, hier: 250 f.

45 Buchheim, »Befehl und Gehorsam« (Fn. 4), S. 333 f.

im gutbürgerlichen Sinn anständig waren, Menschen, die unter normalen Verhältnissen Verbrechen nicht begangen hätten.⁴⁶ Allerdings meinte Buchheim einschränkend, es heiße, »den Durchschnitt der Beamten überfordern, wenn man verlangte, sie hätten damals in der Lage sein müssen, zwischen echten normativen Anordnungen und ideologischen Befehlen in Gestalt normativer Anordnungen zu unterscheiden«. Immerhin konnte der Inhalt der Anweisungen einen gewissen Anhaltspunkt geben: »Je mehr er nämlich in seiner Substanz ideologisch bedingt war, desto eher war zu vermuten, daß die normative Gestalt nur Tarnung und Verbrämung war.«⁴⁷ Der generellen Bejahung eines Unrechtsbewußtseins folgte auch hier die Konzession an das irrende Gewissen.

Ob der Angeklagte als Mittäter oder Gehilfe verurteilt wurde, hing laut subjektiver Theorie vom Täterwillen und der Frage der Tatherrschaft ab.⁴⁸ Die Richter verwiesen auf die staatlich befohlenen Massenmorde, »bei denen die Verbrechensantriebe von dem Träger der höchsten Staatsgewalt ausgingen [...]. Der Angeklagte Mulka war in diesen Apparat hineinbefohlen worden. In Auschwitz war er ein Rad in der gesamten ›Vernichtungsmaschinerie‹, die durch das Zusammenwirken einer Vielzahl von Menschen ›funktionierte‹. Die Abwicklung der RSHA-Transporte in Auschwitz lief, nachdem sich die Organisation eingespielt hatte, fast zwangsläufig ab.«⁴⁹ Einem »Rädchen im Getriebe«, sei es auch der Adjutant des Lagerkommandanten, konnte man den für die eigene Tatherrschaft notwendigen Ermessensspielraum schwerlich zumessen. Das hieß nichts anderes als: Mochte auch Täterwille vorhanden sein, das objektive Tatgeschehen hatte damit nichts mehr zu tun, denn der Führerbefehl hatte das Schicksal der Deportierten bereits vorherbestimmt, und der Angeklagte war der Staatsautorität erlegen.⁵⁰ »Nur der Lagerkommandant, dem der Auftrag für die Massenvernichtung der Juden in Auschwitz erteilt worden war, hatte in Auschwitz noch eine gewisse Tatherrschaft über das Geschehen.«⁵¹

Ein eigenes Täterinteresse der Angeklagten, das über den Befehl hinaus ging, hielten die Gerichte in Vernichtungslager-Prozessen generell für schwer nachweisbar, da der *alleinige Zweck* der Lager im *befohlenen Mord* bestand.⁵² Obwohl Mulka von der Judenverfolgung und den verbrecherischen Zielen der Waffen-SS, der er 1941 im Alter von 46 Jahren freiwillig beigetreten war, wußte, schlossen die Richter ein eigenes Täterinteresse aus. Er konnte aus anderen, zum Beispiel Karrieregründen, in die Waffen-SS eingetreten sein.⁵³ Die Richter berücksichtigten, daß der Angeklagte nur »garnisonsverwendungsfähig« und deshalb nach Auschwitz versetzt worden war: Wäre Mulka nicht magenkrank geworden, wäre er wahrscheinlich »nie zum Gehilfen von Mördern geworden«.⁵⁴ Sprach auch die Tatsache, daß er sich als Adjutant von

46 Ebd., S. 335.

47 Ebd., S. 271.

48 Ausschlaggebend für die Durchsetzung der subjektiven Abgrenzungstheorie waren ein Urteil des Reichsgerichts, der sog. Badewannen-Fall aus dem Jahr 1940, in dem das RG erklärte, nicht allein die Tötungshandlung, sondern der Wille zur eigenen Tat sei maßgebend, ob jemand als Täter oder Gehilfe zu verurteilen sei (RGSt 47, S. 85) sowie ein Urteil des Bundesgerichtshofs von 1962, der Fall Staschynskij (BGHSt 18, S. 87). Der KGB-Agent Staschynskij hatte auf Befehl sowjetischer Stellen zwei ukrainische Exilpolitiker erschossen und war nach der Tat übergelaufen. Der BGH kam in diesem Fall befohlenen Mords zu einer Argumentation, die allen NS-Tatfern einen Ausweg bot: Wer solche Verbrechensbefehle mißbillige, sie widerstrebend, aber gleichwohl aus menschlicher Schwäche ausführe, weil er der Staatsautorität nicht gewachsen sei und ihm der Mut zum Widerstand und die Intelligenz zur Ausflucht fehle, müsse nicht zwangsläufig als Taturheber dem überzeugten, willigen Befehlsempfänger gleichgesetzt werden.

49 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 138.

50 Die Argumentation entsprach dem Staschynskij-Urteil (BGHSt 18, S. 87).

51 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 138 f.

52 Wittke (Fn. 27), S. 580.

53 LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 140 f.

54 Ebd., S. 154.

Höss von April 1942 bis März 1943 bewährte, für eine Identifikation mit den Zielen der NS-Machthaber, ein sicherer Beweis, daß er die Judenvernichtung bejaht habe, sei dies nicht. Mulka hatte »als williger Befehlsempfänger getreu seinem SS-Eid die befohlenen Handlungen geleistet, ohne daß ihm überhaupt der Gedanke gekommen wäre, seine Mitwirkung zu verweigern«. ⁵⁵ Äußerungen oder Handlungen aus Haß gegen die Juden ließen sich – wie bei allen anderen der Beihilfe Beschuldigten – nicht feststellen. ⁵⁶ Bei Abwägung all dieser Gesichtspunkte blieb bei den Richtern zwar ein erheblicher Verdacht bestehen, »daß der Angeklagte Mulka als Adjutant die Massentötung der Juden innerlich bejaht und sie bereitwillig unterstützt, somit mit Täterwillen gehandelt hat«, letzte Zweifel ließen sich jedoch nicht ausräumen. ⁵⁷

In Überdehnung der subjektiven Teilnahmetheorie selbst bei Gehilfen in hohen Positionen in der Lagerhierarchie und mit akademischer Ausbildung, denen jegliche Tatherrschaft abgesprochen wurde, machten die Richter im Auschwitz-Prozeß »die Konzession eines irrenden Gewissens in den extremsten Fällen von Mord und Totschlag«. ⁵⁸ Diese Entwirklichung des Geschehens hatte zugleich paradoxe Folgen für die Strafzumessung: Je größer die Zahl der Morde und die Nähe zur Tat, desto niedriger die daraus folgende Strafe. ⁵⁹ Als Strafzumessung wurde im Fall Mulka eine Gesamtstrafe von 14 Jahren Zuchthaus erkannt, was zugleich die höchste Strafe für einen Beihilfefall im Auschwitz-Prozeß war. ⁶⁰ Grundsätzlich sieht das Gesetz für Gehilfenschaft zwar dieselbe Strafe vor wie für Täterschaft, kann diese jedoch bis auf drei Jahre Zuchthaus herabsetzen. Das Frankfurter Gericht schloß sich hier der üblichen Praxis an, das Strafmaß für Beihilfe zum Massenmord zu reduzieren: Sechs der Gehilfen erhielten Strafen im unteren Drittel (zwischen 3 und 6 Jahren Zuchthaus) und drei im mittleren Bereich der möglichen Strafzumessung (zwischen 7 und 11 Jahren Zuchthaus). ⁶¹

Beim Auschwitz-Prozeß, führte Senatspräsident Hofmeyer in der Urteilsbegründung aus, handele es sich um einen normalen Strafprozeß. Das Gericht mußte die kriminelle Schuld der Angeklagten untersuchen und sei nicht berufen gewesen, die Vergangenheit zu bewältigen. ⁶² Die Sach- und Rechtslage, meinte auch der Hessische Generalstaatsanwalt Bauer nach der Urteilsverkündung, sei ungewöhnlich einfach gewesen. Allerdings erklärte er, jeder, der an der Mordmaschine hantierte, sei auch der Mitwirkung am Mord schuldig, vorausgesetzt, er kannte das Ziel der Maschinerie, was von der Spitze bis zu den Wachmannschaften für alle galt, die in den Vernichtungslagern waren oder um sie wußten. ⁶³ Das war Urteilsschelte, insofern Bauer alle Angeklagten als Mittäter und nicht Gehilfen bezeichnete.

Gewichtiger noch war die Kritik an der Herauslösung der Massenverbrechen aus dem historischen Gesamtgeschehen. Die »Endlösung« wurde rechtlich nicht als eine einzige Handlung im Sinne einer gleichartigen Idealkonkurrenz (§ 73 StGB) ange-

⁵⁵ Ebd., S. 146 f.

⁵⁶ Ebd., S. 142 f.

⁵⁷ Ebd., S. 144 f.

⁵⁸ Fritz Bauer, »Im Namen des Volkes« (Fn. 9), S. 82. Vgl. auch Jürgen Baumann: »Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung«, in: NJW 1963, S. 561–565, hier: S. 563, der betonte, nicht Befehl und Druck, sondern allein die Kenntnis und das Gefühl der Notlage oder Notung besetigten den Tatherrschaftswillen. Diese hatte das Gericht aber ausgeschlossen, insofern gab es einen Ermessensspielraum für die Angeklagten.

⁵⁹ Adalbert Ruckerl: NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, Heidelberg 1983, S. 274 ff.

⁶⁰ LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 155 f.

⁶¹ Ebd., S. 5 ff.

⁶² Vgl. Bernd Naumann, Auschwitz. Bericht über die Strafsache gegen Mulka u. a. vor dem Schwurgericht Frankfurt, Frankfurt/M. 1968, S. 274.

⁶³ Fritz Bauer, »Im Namen des Volkes« (Fn. 9), S. 77–90, hier: S. 83 f.

sehen,⁶⁴ da der Vernichtungsprozeß als Folge einer Vielzahl einzelner Willensbildungen, Entschlüsse und Taten in verschiedenen Ländern und an verschiedenen Orten, auch in Auschwitz bis hin zum Einschütten des Zyklon B in die Gaskammern, betrachtet wurde.⁶⁵ Indem der Prozeß das kollektive Geschehen durch Atomisierung und Parzellisierung privatisierte, zu diesem Ergebnis kam Bauer, habe er es entschärft.⁶⁶ Die Auflösung des Massenmords in Episoden sei eine Vergewaltigung des totalen Geschehens, das keine Summe von Einzelereignissen gewesen sei.⁶⁷ Unabhängig davon, ob man das Lagerpersonal als Täter oder Gehilfen betrachtete, wurde das Geschehen in den Vernichtungslagern in selbständige Teilakte aufgelöst, die das Gesamtgeschehen der »Endlösung der Judenfrage« in den Hintergrund treten ließ.

Die juristische und die historische Interpretation des NS-Systems, die der Rechtsprechung im Auschwitz-Prozeß zugrunde lagen, beruhten auf der Rechtsauffassung, daß die Bundesrepublik Deutschland »infolge der Kontinuität in der Identität die Nachfolgerin des Deutschen Reiches« ist und die gleichen Strafgesetze gehabt hat; juristischer Wertmaßstab war das zur Tatzeit geltende Strafrecht des NS-Staats.⁶⁸ Indem den Tätern vorgeworfen wurde, sie hätten geltendes Recht bewußt verletzt, wurden Unrecht, Schuld und Strafe aufgrund der im »Dritten Reich« bestehenden Rechtslage legitimiert.⁶⁹ In den Eröffnungsbeschluß ging diese Auffassung mit der Formulierung ein, daß die Angeschuldigten an der Verwirklichung des Vernichtungsprogramms »in Kenntnis der Rechtswidrigkeit solcher Befehle« beteiligt waren.⁷⁰ Damit war bereits festgelegt, daß eine Bestrafung im Sinne der Radbruchschen Formel des »unrichtigen Rechts« entfiel, denn die Geltung der willkürlichen Gesetze wurde nicht rückwirkend versagt. Die Motive des Gesetzgebers und die Praxis des Unrechts-Staats, die im Zusammenwirken von diskriminierender Gesetzgebung und ihrer willkürlichen Anwendung bestand, blieben unberücksichtigt.⁷¹

Die Massenmorde in Auschwitz fanden im »SS-Staat« in einem Bereich außernormativer Normativität statt, mit dem die deutsche Gesellschaft nichts mehr zu tun hatte. So konnte Hans Buchheim zu dem Schluß kommen, daß ebenso, wie Hitler Staat und Bewegung nicht ineinander fließen ließ, nur eine Minderheit der Deutschen bereit war, sich für die Ziele des Regimes einzusetzen und mehr zu tun, als staatsbürgerliche Loyalität und allgemeine Nötigung ihnen abforderten.⁷² Die Abtrennung der NS-Führung vom Staatsapparat – die auch in das Auschwitz-Urteil einging – war aus dieser Sicht so weitgehend vollzogen, daß Justiz und Beamtenschaft jeder Verantwortung für die terroristische Struktur des Systems enthoben waren und die Brücke für die Kontinuität des Staatsapparats nach 1945 hergestellt war.⁷³

Auf einer Podiumsdiskussion anläßlich der Erstaufführung von Peter Weiss' *Ermittlung* kleidete Fritz Bauer eine freundschaftliche Kritik in die Worte: »Es müßte eine Arbeitsteilung geben zwischen dem Auschwitz-Richter [...] und dem Auschwitz-Dichter. Der Auschwitz-Richter züchtigt, der Auschwitz-Dichter sollte erziehen.«

64 Vgl. Fritz Bauer, »Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen?«, in: Juristenzeitung, Nr. 20 (1967), S. 625–628, hier: S. 627.

65 Vgl. Bauer, »Im Namen des Volkes« (Fn. 9), S. 133 f.; LG Frankfurt, Urteil in der Strafsache gegen Mulka u. a. (4 Ks 2/63), S. 137.

66 Bauer, »Im Namen des Volkes« (Fn. 9), S. 84.

67 Ebd.

68 Naumann (Fn. 62), S. 275 ff. Zur Problematik dieser Rechtsauffassung, Perels, »Die Restauration der Rechtslehre nach 1945« (Fn. 44), S. 245 ff.

69 Vgl. Werle/Wandres (Fn. 40), S. 33.

70 Vgl. LG Frankfurt, 3. Strafkammer, Eröffnungsbeschluß 4. Js. 444/59, S. 8 (Bd. 88, S. 17075; Anschuldigung gegen Mulka).

71 Vgl. Laage, »Auseinandersetzung um gesetzliches Unrecht« (Fn. 42), S. 280.

72 Buchheim, »Befehl und Gehorsam« (Fn. 4), S. 266 f.

73 Vgl. Perels, »Die Restauration der Rechtslehre nach 1945« (Fn. 44), S. 244 ff.

Als Jurist, der den Prozeß in Frankfurt erlebt habe, erklärte er, *Die Ermittlung* sei eine ganz ausgezeichnete, nämlich protokollarische Wiedergabe des Prozesses, doch das Theaterstück von Peter Weiss leide darunter, daß es den Prozeß übernommen habe: Der Auschwitz-Prozeß jedoch sei weniger als Auschwitz. Die Grenzen des Strafprozesses waren aus seiner Sicht auch die Grenzen der *Ermittlung*, denn der Richter sähe in Wirklichkeit nur die Taten, nicht die Ursachen des Tuns.⁷⁴

Zu diesem Zeitpunkt, als die eingangs zitierte Kontroverse der Historiker über die Struktur des NS-Systems noch am Anfang stand, verwies damit ein Jurist bereits auf die Grenzen eines rein personen- und motivgeschichtlichen Erklärungsansatzes. Das war keine „Relativierung« der nationalsozialistischen Ideologie, sondern im Gegenteil die Sorge um eine quasi-Auflösung der Täterhandlungen im juristischen Prozeß, die die Mitverantwortlichen eines arbeitsteiligen und durch vielfältige Verfügungskompetenzen ebenso wie durch die politischen und persönlichen Interessen innewohnende Dynamik geprägten Vernichtungsprozesses aus dem Blick verlor. In diesem Sinne kritisierte Bauer die extreme Ausdehnung der Gehilfenrechtsprechung und verurteilte die Mitwirkung an der Vernichtungsmaschinerie als Mord: Der Maßnahmenstaat war für ihn in der deutschen Gesellschaft, in Justiz und Beamtenapparat, verankert.

Zwar bestand ein historischer Erkenntnisgewinn der Prozesse durchaus in der Individualisierung des Geschehens, doch die methodische Gefahr lag in der Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie, die den Historiker nach der Rekonstruktion des Sachverhalts – eine Aufgabe, die er mit dem Richter teilt – seiner Erklärungspflicht enthob.⁷⁵ »Ein Historiker hat das Recht«, so formulierte treffend Carlo Ginzburg, »dort ein Problem auszumachen, wo ein Richter auf ›Einstellung des Verfahrens‹ befinden würde.«⁷⁶ Allein die Ermittlung ideologischer Motivationen oder niedriger Beweggründe krimineller Handlungen erklärte nicht die Ursachen der verbrecherischen Politik des NS-Regimes, die aus dem Zusammenwirken sozialer, politischer und wirtschaftlicher Faktoren hervorgingen, welche wiederum ein geschichtliches Kontinuum aus der Zeit der Weimarer Republik bis zur Bundesrepublik ausmachten.

Die »Herrschaft der Sachverständigen«, die der Hessische Generalstaatsanwalt in einem ebenso überschriebenen Artikel 1963 ansprach, zielte vor diesem Hintergrund nicht allein auf eine Kritik autoritärer Justizpraxis.⁷⁷ Es ging um mehr als die Aufdeckung der Schwächen des geltenden Rechts, wenn Bauer die Richter an ihre Pflicht erinnerte, ein Urteil zu fällen: Keineswegs dürfe der gesetzliche Richter, auf den jeder Angeklagte nach dem Grundgesetz Anspruch hat, dem Sachverständigen den »Schwarzen Peter« zuspieren, indem er diesen mit auf die Richterbank setze und am Urteilspruch beteilige.⁷⁸ Aus der Perspektive des Juristen bestand kein Zweifel an einer strikten methodischen Aufgabentrennung zwischen historischer und juristi-

74 »Auschwitz auf dem Theater?« Ein Podiumsgespräch im Württembergischen Staatstheater Stuttgart aus Anlaß der Erstaufführung der *Ermittlung* von Peter Weiss, 24. Oktober 1965 (Transkription).

75 Herbert Jäger, »Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen«, *Kritische Justiz* 1986, S. 143–157, hier: S. 145, sieht den Erkenntniswert der Prozesse darin, daß sie »Geschichte individualisieren, d. h. jenen Punkt markieren, in dem sich die Weltgeschichte mit einer persönlichen Lebensgeschichte trifft und historische und individuelle Kausalität, Zeitgeschichte und Kriminologie, zu einer Einheit verschmelzen.«

76 Carlo Ginzburg, *Der Richter und der Historiker. Überlegungen zum Fall Sofri*, Berlin 1991, S. 30.

77 Bauer, »Herrschaft der Sachverständigen«, *Frankfurter Rundschau* (10. I. 1963). Zweifelsohne wurde ein Verurteilter den Richterspruch als gerechter – da unparteiischer – empfinden, der durch eine Verständigung zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht auf einen wissenschaftlichen Spezialisten zustande käme, statt sich auf den »Haussachverständigen« zu verlassen.

78 Ebd.

scher Beweisführung, sondern diese war für ihn Bestandteil einer demokratischen Rechtsordnung, in der der Richter nicht »zu einer fiktiven Größe« werden durfte.⁷⁹

Klaus Barwig/Gisbert Brinkmann/Kay Hailbronner/Bertold Huber/
Christine Kreuzer/Klaus Lörcher/Christoph Schuhmacher (Hrsg.)

Neue Regierung – neue Ausländerpolitik?

Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 1999 und
5. Migrationspolitisches Forum

Mit dem Regierungswechsel im Oktober 1998 verband sich die Erwartung auf weitreichende Veränderungen im Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht. Umgesetzt wurde bisher aber nur eine Reform des Staatsangehörigkeitsrechts.

Vor diesem Hintergrund analysieren namhafte Autorinnen und Autoren aus Politik, Rechtsprechung, Verwaltung und Wissenschaft die Koalitionsvereinbarung und ihre bisherige Umsetzung. Zunächst werden die Vorhaben der neuen Bundesregierung, aber auch die Forderungen an sie, dargestellt; ebenso wird die Entwicklung der (rechts-)politischen Diskussion vom ersten Gesetzentwurf zum Staatsangehörigkeitsrecht bis zur Verabschiedung im Deutschen Bundestag ausführlich behandelt. Die Beiträge zum Ausländer- und Asylrecht machen den Novellierungsbedarf deutlich. Erörtert werden aber auch Aspekte einer gemeinsamen europäischen Migrationspolitik, die mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam besonders notwendig geworden ist.

Der Band wird abgerundet durch einen umfangreichen Anhang, der neben einem Teilabdruck der Koalitionsvereinbarungen die einschlägigen Gesetzesentwürfe und Stellungnahmen zum Staatsangehörigkeitsrecht sowie zum Ausländer- und Asylrecht enthält.

1999, 716 S., brosch., 98,- DM, 715,- öS, 89,- sFr, ISBN 3-7890-6231-6

 **NOMOS Verlagsgesellschaft**
76520 Baden-Baden

⁷⁹ Ebd. Herbert Jäger ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf den »sekundären Zweck« der NS-Prozesse zu verdanken, der oft nicht klar genug gesehen wird: Die Rechtsordnung hatte das Eindringen kriminell schwer belasteter Personen in politische, wirtschaftliche und polizeiliche Führungspositionen abzuwehren, für die es zahlreiche Beispiele gab. Vgl. Jäger, »Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen« (Fn. 75), S. 149.