

Fritz Bauer: Das Verbrechen und die Gesellschaft

Prof. Dr. Erardo C. Rautenberg*

Das unter diesem Titel 1957 erschienene Buch ist zurzeit nur – mit Glück – antiquarisch zu erwerben, obwohl es nach wie vor einen wichtigen Beitrag zu Grundfragen des Strafrechts darstellt. Zugleich ist es ein Beleg dafür, was die Staatsrechtslehrerin *Ilse Staff*, Vertraute des nun durch Biographien und Filme ins kollektive Bewusstsein zurückgekehrten hessischen Generalstaatsanwalts *Dr. Fritz Bauer* (1903-1968),¹ zwanzig Jahre nach dessen Tod niederschrieb:² „Es wäre falsch, das Hauptgewicht von *Fritz Bauers* beruflichem und menschlichem Einsatz in der Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen³ sehen zu wollen; es war dies nur ein Teilbereich seiner Arbeit für mehr Humanität im gesellschaftlichen und politischen Leben und seines Kampfes für eine Reform des Strafrechts und des Strafvollzugs.“

I. Die Willensfreiheit als Grundlage unseres Strafrechts

Obwohl manches von dem, für das *Bauer* einst kämpfte, heute geltendes Recht ist, fußt unser (Erwachsenen-) Strafrecht auf einem Fundament, das von *Bauer* in seinem Buch zu Recht in Frage gestellt worden ist. Er schrieb: „Der jahrtausendealte Streit um Willensfreiheit oder Unfreiheit ist durch die Gegensätzlichkeit von Wissenschaft, Wunschdenken und Moral- und Staatspolitik oder – kurz gesagt – die Gegensätzlichkeit von Physik und Metaphysik gekennzeichnet.“⁴ *Bauer* hat miterlebt, dass der *Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes* 1952 formulierte: „Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden.“⁵

Konsequenterweise handelt derjenige ohne Schuld, dessen „freie Willensbestimmung“ zur Zeit der Tat aufgehoben war. Zwar ist dieser Begriff in der Sprache des Strafgesetzbuchs seit dem 1. Januar 1934⁶ verschwunden und nunmehr von der Unfähigkeit die Rede, „das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“ (§ 51 Abs. 1 StGB alte Fassung, § 20 StGB). Doch an dem Bekenntnis zur Willensfreiheit hat dies nichts geändert. *Bauer* schrieb dazu:⁷ „Für Theorie und Praxis maßgebliche Strafrechtler wie *Binding* und *Birkmeyer*⁸ haben erklärt, die Frage der Willensfreiheit sei durch das Gesetz entschieden worden. Es sei durchaus nichts Unerhörtes, daß das Strafgesetz strittige Fragen, die anderen Wis-

senschaften zugehörten, entschiede, wozu auch der Streit um die Freiheit des Willens gehöre. *Binding* sprach von einer ‚esoterischen‘ (nur für Juristen bestimmten) Psychologie und von ‚offiziellen Rechtswahrheiten‘, zu denen er die menschliche Fähigkeit der Selbstbestimmung zählte. *Kohlrausch*⁹ nannte die Willensfreiheit eine ‚staatsnotwendige Fiktion‘. Sie folgen dabei neukantianischer Denkweise.“

II. Die Willensfreiheit als waghalsiger Sprung vom Sollen auf das Können

Doch *Bauer* konterte mit *Immanuel Kant* und verwies¹⁰ auf eine Passage in dessen 1781 in erster Auflage erschienenen „Kritik der reinen Vernunft“,¹¹ die vollständig lautet: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänz-

* Der Autor ist seit 1996 Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg und seit 2013 Honorarprofessor der *Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)*. Zu dem Beitrag wurde er von dem früheren Rechtsanwalt und Notar Manfred Amend angeregt, dem Testamentsvollstrecker von Fritz Bauer.

1 Allerdings zeichnen meines Erachtens nur der Dokumentarfilm „Tod auf Raten“ (2010) von Ilona Ziok und die Biographie von Irmtrud Wajak, „Fritz Bauer (1903-1968)“, 2. Aufl. 2016 (1. Aufl. 2009), ein realistisches Bild. Zu der 2013 erschienenen Biographie „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“ von Ronald Steinke siehe die Kritik von Rautenberg, NJ 2014, S. 369 ff., die Antwort von Steinke, NJ 2014, S. 513 ff., und die Replik von Rautenberg darauf, in: *Forschungsjournal Soziale Bewegungen*, Heft 4/2015, S. 374 ff. Zu den Spielfilmen „Labyrinth des Schweigens“ und „Der Staat gegen Fritz Bauer“ siehe die Kritiken im *Forschungsjournal*, ebenda, S. 306 ff.

2 Im Kampf um des Menschen Rechte, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), Streitbare Juristen, 1988, S. 443.

3 Siehe dazu ausführlich Rautenberg, Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht, in: *Forschungsjournal* (Fn. 1), S. 162-196. Soweit Georg D. Falk behauptet hat, Bauer habe Verfahren „gegen mehr als 100 an Todesurteilen beteiligte Richter“ zu Unrecht eingestellt (*Einsicht – Bulletin des Fritz-Bauer-Instituts*, Heft 14, Oktober 2015, S. 40 ff.), worüber u.a. *Der Spiegel* berichtete (14/24.10.2015, S. 22), ist dies auf Widerspruch gestoßen: Nelhiebel, in: *Forschungsjournal* (Fn. 1), S. 276 ff.; Freitag v. Loringhoven, in: *Forschungsjournal* (Fn. 1), S. 277 (im Kästchen); Rautenberg, in: *Forschungsjournal* (Fn. 1), S. 173 und Fn. 53 und ausführlich Steinke, KJ 1/2016, S. 129 ff.

4 S. 20.

5 BGHSt 2, 194, 200 f.

6 Inkrafttreten der Neufassung des § 51 StGB durch das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“ vom 24.11.1933 (RGBl. I, 995).

7 S. 21 f.

8 Die Rechtswissenschaftler Karl Binding (1841-1920) und Karl von Birkmeyer (1847-1920) waren die zu ihrer Zeit prominentesten Vertreter eines Vergeltungsstrafrechts und die Widersacher des Rechtswissenschaftlers Franz von Liszt (1851-1919), der als Determinist eine spezialpräventive Straftheorie mit den Strafzwecken der Abschreckung, Besserung und Sicherung vertrat.

9 Eduard Kohlrausch (1874-1948) war seit 1919 Strafrechtslehrer in Berlin.

10 S. 21, 251.

11 Elementarlehre, 2. Teil, 2. Abteilung, Zweites Buch. Zweites Hauptstück. 9. Abschnitt, III.

lich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden. Wie viel aber davon reine Wirkung der Freiheit, wie viel der bloßen Natur oder dem unverschuldeten Fehler des Temperaments oder dessen glücklicher Beschaffenheit (*merito fortunae*) zuzuschreiben sei, kann niemand ergründen, und daher nach völliger Gerechtigkeit richten.“ Damit, so *Bauer*,¹² sei der „Stab über die Schuldlehre“ gebrochen. Gegen das Prinzip der Vergeltung spreche entscheidend, „daß von einem irdischen Richter Unmögliches verlangt wird.“ Und an anderer Stelle heißt es in dem Buch von *Bauer*:¹³ „*Kant* ist sogar so weit gegangen, zu sagen, sei man mit dem Charakter eines Menschen wirklich vertraut, so könne man seine Handlungen wie eine Sonnenfinsternis voraussagen. Dem alten *Kant* ist aber ob dieser Gott- und Teufelsähnlichkeit des Menschen bange geworden. Um die Grundlagen seiner Ethik nicht zu gefährden und seine religiöse Moralität zu retten, stürzte er sich mit einem Salto mortale aus der Physik in die Metaphysik, vom Wissen in den Glauben. ‚Ich mußte das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen‘, hat er selber eingeräumt. *Schiller* hat deswegen ironisch den Kantianern die Worte in den Mund gelegt: ‚Auf theoretischem Felde ist nichts mehr weiter zu finden; aber der Satz gilt doch: Du kannst, denn du sollst.‘ Der waghalsige Schluß und Sprung vom Sollen auf das Können entspricht reinem Wunschdenken...Die herrschende deutsche Strafrechtswissenschaft und Praxis folgt heute noch *Kants* Sprung in die Metaphysik. Sie ist stolz auf ihren als ‚Idealismus‘ bezeichnenden Mangel an Realismus.“

Bauer verwarf also die Willensfreiheit als Konstrukt, befasste sich in seinem Buch weiter mit den Ursachen des Verbrechens unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Erkenntnisse der damals noch jungen Kriminologie und mit dem Menschenbild des Grundgesetzes, das er so verstand, dass er zu folgendem Schluss gelangte: „Dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat entspricht allein ein Kriminalrecht grundsätzlicher Resozialisierung.“¹⁴

III. Bauers Forderung eines reinen Maßnahmenrechts

Dem abschließenden Kapitel „Zur Reform des Deutschen Strafgesetzbuchs“ stellte er ein Zitat des Rechtswissenschaftlers *Gustav Radbruch* (1878-1949), Sozialdemokrat wie *Bauer*, aus dem Jahr 1929 voran: „Es möchte so liegen, daß die Entwicklung des Strafrechts über das Strafrecht einstmals hinwegschreiten und die Verbesserung des Strafrechts nicht in ein *besseres* Strafrecht ausmünden wird, sondern in ein Besserungs- und Bewahrungsrecht, das *besser* als Strafrecht, das sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre.“ Und *Bauer* formulierte: „Kriminalrecht ist Kriminalpolitik, Sozialpolitik, Wirtschaftspolitik und Erziehungspolitik. Es steht der Bekämpfung der Seuchen oder der Regelung des Gas- und Wasserwesens näher als dem, was gemeinhin als Ethik und Moral bezeichnet wird. Strafrechtspflege heißt nicht, das Richtschwert Gottes auf Erden zu führen.“¹⁵ Er wünschte sich ein „Kriminalrecht, das – unter Verzicht auf Strafe – aus-

schließlich Maßnahmen resozialisierenden und sichernden Charakters kennt“.¹⁶

Doch die 1954 eingesetzte *Große Strafrechtskommission* hielt an dem überkommenen Strafrecht, aber auch an der durch das sogenannte „Gewohnheitsverbrechergesetz“¹⁷ eingeführten Zweispurigkeit des Strafrechts, wodurch neben die Strafe „Maßregeln der Sicherung und Besserung“ getreten waren, fest. Dies war bereits einem Ende 1956 vorgelegten „Entwurf eines Allgemeinen Teils“ zu entnehmen. Diese Position verglich *Bauer*¹⁸ mit einer „Sphinx, halb Löwe, halb Mensch, oder einer hermaphroditischen Mißgeburt“, denn „Strafe“ und „sichernde oder bessernde Maßregel“ kämen „aus verschiedenen, miteinander unvereinbaren Welten. Die schuldvergeltende Strafe ist Metaphysik und will es sein; sie setzt voraus, daß der Täter auf Grund seiner freien Selbstbestimmung das Unrecht meiden konnte. Die resozialisierende oder sichernde Maßnahme ist dagegen irdische Kriminalpolitik; ihr Ausgangspunkt ist, daß die Tat aus ungünstigen Anlage- und Umweltfaktoren erwuchs, die durch Resozialisierung des Täters korrigiert werden sollen, oder gegen die sich die Gesellschaft schützt, wenn die ungünstigen Faktoren leider nicht zu ändern sind. Die Kommission versucht das auch moralisch nicht eben einwandfreie Kunststück, zwei Herren zu dienen. These und Antithese werden aber nicht dadurch zur Synthese, daß man sie addiert. Ein Entweder-Oder darf redlicherweise nicht zu einem Sowohl-Als-Auch verfälscht werden.“

Nachdem die Große Strafrechtskommission 1962 den Entwurf eines Strafgesetzbuchs¹⁹ vorgelegt hatte, zog *Bauer* im Dezember 1963 in einem Vortrag vor Frankfurter Wirtschaftsjuroren gegen dessen Grundlage, das Bekenntnis zur Willensfreiheit, mit den bekannten Argumenten zu Felde und fügte noch eine Provokation hinzu: Der Vergeltungstrieb, der sich am brutalsten in der Forderung nach der Todesstrafe äußere, sei „ein deutliches Erbe unser aller Affenzeit.“ Dies führte zu einem Disput *Bauers* mit führenden Strafrechtslehrern, der über vier Monate hinweg mittels Leserbriefen in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* ausgetragen wurde und worüber schließlich *Der Spiegel*²⁰ ausführlich berichtete.

Doch *Bauer* konnte sich nicht durchsetzen und das Schuldstrafrecht ist immer noch in Kraft. Während *Bauer* das „überkommene Vergeltungs- und Schuldstrafrecht als unvereinbar mit dem Grundgesetz und dem sozialen Auftrag des Staates“ ansah, wie *Bauers* Biographin *Irmtrud Wojak* konstatiert,²¹ hat der Schuldgrundsatz für das *Bundesverfassungsgericht* Verfassungsrang. So heißt es in einem Urteil vom 19. März 2013 unter Hinweis auf frühere Entscheidungen: „Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz, der den gesamten Be-

¹² S. 251.

¹³ S. 21.

¹⁴ S. 206.

¹⁵ S. 246.

¹⁶ S. 252.

¹⁷ Siehe Fn. 6.

¹⁸ S. 251 f.

¹⁹ E 1962, BT-Drs. IV/650.

²⁰ Nr. 25/15.6.1964, S. 43-45.

²¹ Fn. 1, S. 424.

reich des staatlichen Strafens beherrscht. Der Schuldgrundsatz hat Verfassungsrang; er ist in der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 I und Art. 2 I GG) sowie dem Rechtsstaatsprinzip verankert...Der Grundsatz ‚Keine Strafe ohne Schuld‘ (nulla poena sine culpa) setzt die Eigenverantwortung des Menschen voraus, der sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann. Dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 I GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zu Grunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten.“²²

IV. Ergebnisse der neueren Hirnforschung wecken Zweifel an der Willensfreiheit

Kommt *Bauers* Buch aus dem Jahre 1957 damit lediglich rechtsgeschichtliche Bedeutung zu? Nein, denn die Ergebnisse der neueren Hirnforschung haben Zweifel an der unserem geltenden Strafrecht zugrunde liegenden Annahme einer Willensfreiheit geweckt. Der Strafrechtslehrer *Thomas Hillenkamp* hat im vorigen Jahr dazu einen ebenso umfang- wie inhaltsreichen Beitrag vorgelegt: „Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz.“²³

Die Hirnforscher ziehen nun nicht etwa in Zweifel, dass sich der Mensch in seiner Entscheidung frei fühlt, was auch *Bauer* in seinem Buch angesprochen hatte,²⁴ indem er *Georg Christoph Lichtenberg* (1742-1799) zitierte: „Wir wissen mit mehr Deutlichkeit, daß unser Wille frei sei, als daß alles, was geschieht, eine Ursache haben müsse.“ Doch hatte *Bauer* dazu angemerkt, dass das Freiheitsgefühl eine „optische Täuschung“ sein könne und deshalb nicht als Beweismittel taugte. Eben dies ist das Ergebnis der neueren Hirnforschung, deren Grundlage in der Erkenntnis besteht, dass sich im Gehirn ein messbares, sogenanntes „Bereitschaftspotential“ zu einer bestimmten Aktivität aufbaut, bevor der Person ein entsprechender Willensentschluss bewusst wird. Die Konsequenzen, die die deutschen Hirnforscher *Wolfgang Prinz*, *Gerhard Roth*, *Wolfgang Singer* und *Hans Markowitsch* daraus gezogen haben, fasst *Hillenkamp* wie folgt zusammen:²⁵

Die „Willensfreiheit“ ist „nur Illusion. Das limbische System, nicht ein ‚Ich‘ ist der Herr im Hause. Die Annahme des Alternativismus, wir hätten jederzeit anders entscheiden, wir hätten jederzeit anders handeln können, als wir entschieden, als wir gehandelt haben, ist falsch. Niemand kann anders, als er ist. Unser limbisches System legt uns fest. Wir sind wie alles Naturgeschehen determiniert. Ein an persönliche Vorwerfbarkeit regelbrechenden Verhaltens knüpfendes Schuldstrafrecht ist folglich obsolet.“ Was verbleibe sei das Wegsperrn der „unverbesserlich gefährlichen Täter“ und eine „Konditionierung des limbischen Systems, das trotz seiner genetischen, pränatalen und frühkindlichen Festlegungen einer Einflussnahme von außen nicht gänzlich verschlossen ist.“

Die Konsequenz wäre ein reines Maßregelrecht, das an Gedanken des Strafrechtswissenschaftlers und Deterministen

Franz von Liszt, seines bedeutenden Schülers *Gustav Radbruch* und eben *Fritz Bauers* anknüpft.

Doch wird man wohl *Hillenkamp* Recht geben müssen, dass die Botschaft einer neurowissenschaftlichen Widerlegung der Willensfreiheit noch verfrüht sei, weil diese Art der Hirnforschung gerade erst begonnen habe und die bisherigen Thesen auf zu schmaler Basis fußten.²⁶

V. Fazit

Sollte aber der naturwissenschaftliche Beweis, dass es keine Willensfreiheit gibt, zweifelsfrei gelingen, könnte dies von der Justiz nicht einfach ignoriert werden oder um mit *Fritz Bauer* zu sprechen: „Der Glaube an eine Art wertneutraler Eigengesetzlichkeit des Strafrechts und die Möglichkeit einer Lösung seiner Probleme mit rein technisch-juristischen Mitteln wäre im besten Fall eine Selbsttäuschung. Keine Wissenschaft ist voraussetzungslos. Das Kriminalrecht ist viel zu weit-schichtig, als daß für seine Fragen nur der Jurist zuständig wäre. Zu ihrer Beantwortung sind die Anthropologen, die Soziologen, Psycho- und Biologen, die Pädagogen und Ärzte aufgerufen, letztlich alle, die sich für das gesellschaftliche Geschehen ihrer Zeit verantwortlich fühlen.“²⁷

Die Folgen für unser gesamtes Rechtssystem wären unabsehbar, weil nicht nur das Strafrecht betroffen wäre, was von *Hillenkamp* im Einzelnen dargelegt wird.²⁸ Im Bereich des bisherigen Strafrechts könnte die Konsequenz sein, dass es keine Strafen mehr geben würde, sondern an deren Stelle nur mit Hilfe von Psychowissenschaftlern zu verhängende Maßnahmen/Maßnahmen treten würden. Ob als rechtsstaatliche Schranke für deren Anwendung der (in § 62 StGB bereits verankerte) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenso wirksam wäre, wie es de lege lata die Schuld für die Strafe ist, erscheint zweifelhaft, und kein Hirnforscher ist zurzeit in der Lage vorherzusagen, „wie die Reparaturarbeiten am limbischen System vorzunehmen wären.“²⁹ Nicht bezweifelt werden kann jedenfalls, dass mit der naturwissenschaftlichen Widerlegung der Willensfreiheit das Buch von *Fritz Bauer* aus dem Jahr 1957 endgültig der Vergessenheit entrissen und der Strafrechtslehrer *Herbert Jäger* ins Unrecht gesetzt wäre, der dieses „Hauptwerk“ *Bauers* als „wissenschaftlich überholt“ bezeichnete³⁰ und deshalb auch nach dessen Tod die noch immer ausstehende Gesamtausgabe der Schriften inhibierte.³¹

22 BVerfG NJW 2013, 1058 ff. (Rn. 53 f.).

23 ZStW 2015, 10-96.

24 S. 18.

25 Fn. 23, S. 37.

26 Fn. 23, S. 76 f.

27 S. 236.

28 Fn. 23, S. 38 ff.

29 Siehe dazu Hillenkamp, Fn. 23, S. 50 ff. mwN.

30 StV 1993, 389.

31 Wojak, Fn. 1, S. 22.