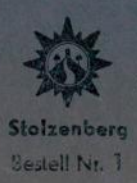


Nr.

# Rechtssprechung

angefangen 19  
beendet 19

Landesarchiv Berlin  
B Rep. 057-01  
Nr.: 4117



1 Js 1.64 [RSHA]



Urteil des BGH - 2 StR 775/51 - vom 21.3.52 (Zentr.Stelle III/2)

Danach ist die Angeklagte zu der Tat möglicherweise entscheidend durch den Gedanken bestimmt worden, daß der SS schrankenlose Gewalt über die politischen Häftlinge gegeben sei, und daß daher auch sie als SS-Aufseherin kein Mitleid gegenüber Häftlingen zu kennen brauche. Sollte die Tat einer solchen jeder Achtung für die Menschenwürde und das Lebensrecht von Häftlingen baren Gesinnung zuzuschreiben sein, so hätte die Angeklagte aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

Urteil des BGH - 2 StR 455/55 - vom 27.3.56 (Zentr.Stelle III/3)

In verwerflichem Machtbewusstsein, in dem übersteigerten Bedürfnis zu zeigen, was er darstellt und was zu tun er ermächtigt war, tötete er zwei Häftlinge und versuchte einen weiteren Häftling zu töten. In dieser Gesinnung, die jede Achtung ~~xxxxxxx~~ <sup>für die</sup> Menschenwürde und das Lebensrecht der Häftlinge vermissen läßt, hat das Schwurgericht mit Recht einen niedrigen Beweggrund gefunden.

Urteil des BGH - 4 StR 214/58 - vom 13.11.58 (Zentr. Stelle III/9)

Die Entscheidung BGHSt 3/132 wollte die Annahme niedriger Beweggründe keinesfalls auf ~~ix~~ hemmungsloses Streben nach Befriedigung eigener Interessen des Täter beschränken. Im Hinblick auf niedrige Beweggründe kam in Betracht, daß der Angeklagte aus Rassenhaß getötet hat, oder weil es eben "nur Juden" waren. oder daß er sich willkürlich zum Herrn über Leben und Tod dieser unglücklichen Menschen aufgeworfen hat. Das wäre ein Handeln aus niedrigen Beweggründen.

Urteil des BGH - 5 StR 581/60 - vom 25.4.61 (Zentr.Stelle III/10)

Als überzeugte Nationalsozialisten sahen sie in den Geistesschwachen nur "lebensunwerte, aus dem deutschen Volkskörper auszumerzende Individuen". Aus dieser grundsätzlichen Einstellung, daß das Leben Geistesschwacher ohnehin nicht schutzwürdig sei, also aus Gleichgültigkeit und Menschenverachtung scheute der Angeklagte Umständlichkeiten. Diese Beweggründe, hilflose Menschen zu töten, sind niedrig.



Dafür ist Eigensucht, die hier nicht festgestellt ist, zwar ein häufiges aber nicht - wie das Schwurgericht meint - ausschließliches Kennzeichen.

Urteil des BGH - 4 StR 212/53 - vom 3.12.53 (Zentr.Stelle D I 17)

Die Revision der Staatsanwaltschaft hält die Beweggründe des Angeklagten deshalb für niedrig, weil dieser - wie eine Würdigung seiner Persönlichkeit und seines Gesamtverhaltens ergebe - die Angehörigen der Ostvölker als Menschen minderen Wertes betrachtet und behandelt habe, deren Leben und deren Würde er für nichts achtete und zu deren Tötung ihm ein nichtige äußerer Anlaß genügte ; die völlige Mißachtung der ihm anvertrauten Menschen verrate einen sittlichen Tiefstand besonders verwerflicher Art. Dieser Gesichtspunkt greift indessen hier nicht durch. Niedrig ist ein Tötungsbeweggrund, der nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich ja verächtlich ist. Um zu beurteilen, ob die Beweggründe des Angeklagten jeweils diesen Voraussetzungen entsprechen darf nicht eines ihrer Elemente aus dem Zusammenhang mit den anderen gelöst für sich allein bewertet werden ; denn eine solche Wertung würde sich nur auf einen Bestandteil nicht aber wie erforderlich auf den Tötungsbeweggrund als ganzes erstrecken. Demgemäß muß die Vielheit der den Täter beherrschenden Vorstellungen und Erwartungen in ihrer Gesamtheit so wie sie Wirklich bestimmend geworden sind der Beurteilung unterzogen und dabei besonders berücksichtigt werden, wodurch der Tötungsentschluß seine wesentliche Kennzeichnung erfahren hat. Bei solcher Betrachtungsweise ergibt sich, daß die Auffassung, die Angehörigen der Ostvölker seien Menschen von niedrigerem Wert und dementsprechend zu behandeln, nach den tatsächlichen Feststellungen den Tötungsentschluß des Angeklagten in keinem Fall ausgelöst hat.

Urteil des BGH - 1 StR 55/55 - vom 24.6.55 (Zentr. Stelle D I 23)

Es hätte darüber hinaus der Erörterung bedurft, ob nicht alle diese vom RSHA befohlenen Tötungen (Sonderbehandlung von Ange-



hörigen der Ostvölker) schon deswegen aus niedrigen Beweggründen geschehen und nach § 211 StGB als Mord zu beurteilen waren, weil sie aus einer Gesinnung angeordnet wurden, die politisch Missliebigen oder rassistisch mißachteten Personen überhaupt jeden Menschenwert und jede Menschenwürde absprach und ihnen deshalb erbarmungslos diejenigen rechtlichen Sicherungen versagte, die nach der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung aller Kulturvölker dem gebühren, der eine schwere strafbare Handlung selbst begangen hat.

Der Angeklagte ist jedoch nicht dadurch beschwert usw.



## 10

1. Die Grundsätze, welche die Rechtsprechung für den Mord an einem ganz kleinen Kinde durch heimtückische Tötung unter Ausnutzung der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten entwickelt hat, sind nicht ohne weiteres auf den Fall der Tötung eines Kriegsgefangenen anwendbar.

2. Aus niedrigen Beweggründen handelte nicht nur der Täter, der einen Juden aus Rassenhaß tötete, sondern auch derjenige, der für seine Person den Rassenhaß der nationalsozialistischen Machthaber nicht teilte, sich ihn aber in der Erwartung, wegen seiner Tat nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, bewußt zunutze machte.

StGB § 211.

1. Strafsenat. Urte. vom 2. Oktober 1962 g. H. u. a.  
1 StR 299/62.

Schwurgericht Tübingen

Aus den Gründen:

Der Angeklagte W., damals Gefreiter bei einer Sanitätskompanie, erschoss an einem Tage um die Wende des April auf Mai 1942 unweit der russischen Ortschaft Frolowa einen als Dolmetscher bei der Kompanie befindlichen, allgemein als Juden angesehenen Kriegsgefangenen namens G. mit seiner Dienstpistole. Er tat dies im Beisein und auf Befehl des Angeklagten H. welcher der Sanitätskompanie als Feldwebel angehörte und an diesem Tage nicht nur den beurlaubten Hauptfeldwebel, sondern praktisch auch den dienstlich vorübergehend abwesenden Kompaniechef vertrat. H. handelte dabei eigenmächtig und in bewußter Auflehnung gegen Anordnungen des Kompaniechefs. Er hielt G. angeblich für einen Spion. Das Schwurgericht hat H. wegen Totschlags zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt, W. freigesprochen.

Die Revision der Staatsanwaltschaft wendet sich u. a. mit der Sachrüge dagegen, daß das Schwurgericht den Angeklagten H. nicht wegen Mordes verurteilt hat. Sie meint, das Schwurgericht habe übersehen, daß es für das Tatbestandsmerkmal



der Heimtücke in besonders gelagerten Fällen nicht allein auf die Ausnutzung der Arglosigkeit des Opfers, sondern statt dessen auf die Ausnutzung der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten und eine dadurch herbeigeführte besondere Wehrlosigkeit des Opfers ankommen könne. So könne ein als heimtückische Tötung verstandener Mord an einem ganz kleinen Kinde dadurch begangen werden, daß der Täter die Arglosigkeit der zum Schutz dieses Kindes berufenen und bereiten Personen zur Tat ausnutze (BGHSt 8, 216; BGH LM StGB § 211 Nr. 6). Eine ähnliche, rechtlich ebenso zu beurteilende Tatsachenlage sei im vorliegenden Falle gegeben gewesen. Denn der Angeklagte habe sich bewußt die Abwesenheit des Chefs, des Hauptfeldwebels und des der Tötung G.s ebenfalls im Wege stehenden Schirrmeisters der Einheit zunutze gemacht, um ungehindert zur Tat schreiten und den ihm infolge der Abwesenheit aller schutzbereiten dritten Personen wehrlos preisgegebenen Gefangenen töten zu können.

Der Senat vermag diesen Erwägungen nicht zu folgen. Sie verkennen, daß sich der Kriegsgefangene G. nach den Feststellungen durchaus nicht in einem Zustande so vollständiger Hilf- und Wehrlosigkeit befand, wie er bei einem ganz kleinen Kinde gegeben ist, sondern die Möglichkeit besaß, sich in mannigfacher Weise — etwa auch durch das Verlangen, zunächst einem Offizier der Einheit vorgeführt zu werden — seiner Haut zu wehren. Nur in Fällen, in denen das Opfer selbst zu gar keiner eigenen Gegenwehr fähig ist, wie dies etwa auch für eine schlafende oder bewußtlose Person zutrifft, erscheint es gerechtfertigt, das Tatbestandsmerkmal der Heimtücke auf die Ausnutzung der Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten statt auf die Ausnutzung der Arglosigkeit des Opfers selbst zu stützen. Wollte man weitergehen, so liefe das, worauf der Verteidiger mit Recht hingewiesen hat, auf eine bedenkliche Ausweitung des Mordtatbestandes in dem Sinne hinaus, daß die bloße Ausnutzung einer günstigen Gelegenheit zur Tötung des Opfers bereits zur Bejahung des Merkmals der Heimtücke genügen könnte.

Dagegen erschöpfen die Erwägungen, mit denen das Schwurgericht ein Handeln des Angeklagten aus niedrigen Beweg-

gründen verneint hat, die sich nach der Sachlage aufdrängenden tatsächlichen Möglichkeiten der Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals im gegebenen Falle nicht. Das Schwurgericht hat es insofern nicht als nachweisbar angesehen, daß H. sein Opfer als vermeintlichen Juden haßte und aus diesem Grunde erschießen ließ. Es hat auch ausgeschlossen, daß der Angeklagte allgemein von Haß oder Verachtung gegen den Russen oder den Fremden getrieben wurde. Es hat schließlich nur den Verdacht, nicht aber die Gewißheit gewonnen, daß persönliche Rachsucht oder das Bedürfnis des Angeklagten, ein Minderwertigkeitsgefühl loszuwerden und einmal den starken Mann zu spielen, maßgeblich zu seinem Tötungsvorsatz beitrugen. Es hat jedoch ganz außer Betracht gelassen, daß der Angeklagte die Tat sichtlich in der Erwartung beging, damit kein persönliches Risiko einzugehen, insbesondere nicht nachhaltig zur Rechenschaft gezogen und bestraft zu werden, weil er damit rechnete, daß sein (mißtrauisches und feindseliges) Verhalten gegenüber dem Juden G. im Gegensatz zu der (vertrauenden und freundlichen) Einstellung des Kompanieführers den Beifall einer vom Ungeiste des Rassenhasses erfüllten verbrecherischen Staatsführung finden werde. Der Angeklagte handelte nicht nur dann aus niedrigen Beweggründen, wenn er der nationalsozialistischen Ideologie verfallen war und aus der Geringschätzung des Juden und des Fremden seine „Befugnis“ zur Tötung eines Menschen ableitete, den er ohne triftigen Grund der Spionage verdächtigte, sondern auch dann, wenn er sich diese Ideologie bei seiner Tat berechnend zunutze machte in der Erwartung, daß sie ihn vor allen nachteiligen Folgen seiner verbrecherischen Handlungsweise bewahren werde. Wer mit Vorstellungen zur Tat schreitet, die bewußt an Haßinstinkte eines verbrecherischen Regimes anknüpfen, von denen er selber frei ist, handelt womöglich noch verwerflicher als ein anderer, der diese Haßgefühle teilt und sich unmittelbar von ihnen leiten läßt.



der Revision nicht zum Erfolg verhelfen, weil das Urteil nach Lage der Sache nicht auf dem Fehler beruht. In der Anklageschrift war dem Angeklagten ein fortgesetztes Verbrechen der Falschgeldverbreitung zur Last gelegt. Sie nahm an, daß der Fall, in dem der Angeklagte schließlich verurteilt wurde, nur das letzte unselbständige Teilstück des fortgesetzten Verbrechens bilde, das keiner eigenen rechtlichen Betrachtung zugänglich sei. Ihr Ermittlungsergebnis schildert den Sachverhalt in diesem Falle in allen wesentlichen Einzelheiten so, wie er schließlich vom Landgericht als erwiesen angesehen wurde. Er wies schon nach der Darstellung der Anklageschrift, für den Angeklagten, einen ehemaligen Rechtsanwalt, und seinen Verteidiger deutlich erkennbar, nur die Merkmale der versuchten Falschgeldverbreitung auf. Die Anführung des § 43 StGB mußte in der Anklage nur deshalb unterbleiben, weil von ihrer Annahme aus der Fall des Versuchs in dem fortgesetzten Verbrechen der vollendeten Falschgeldverbreitung aufging. Nur deshalb, weil das Landgericht die von der Anklage angenommenen Fälle der vollendeten Falschgeldverbreitung nicht als vollständig erwiesen ansah, mußte es den Fall des Versuchs rechtlich für sich allein beurteilen. Damit entstand für den Angeklagten jedoch, was den Fall des Versuchs und seine Beurteilung betrifft, rechtlich keine Lage, die ihm die Möglichkeit eröffnet hätte, sich in diesem Falle anders als bisher zu verteidigen. Auch die Revision bringt nicht vor, daß sich der Angeklagte, wenn er gemäß § 265 Abs 1 StPO hingewiesen worden wäre, in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung anders hätte verteidigen können. Das Urteil beruht demnach nicht auf der Unterlassung des Hinweises (§ 337 Abs 1 StPO).

65

1. Die Niederschlagung der Strafverfolgung durch eine Willenserklärung Hitlers als Staatsoberhaupt bildete im September 1934 ein Verfahrenshindernis. Ein nachfolgender gerichtlicher Einstellungsbeschluß hatte nur noch feststellende Bedeutung; er war kein Einstellungsbeschluß nach den §§ 204, 211 StPO.

2. Nutzt der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zur



Tötung aus, so ist diese auch dann heimtückisch, wenn er an sich auch anders vorgehen könnte, aber gerade diese Tötungsweise wählt, weil sie ihm am zweckmäßigsten erscheint (Erschießen „auf der Flucht“).

3. Beihilfe zum Mord leistet, wer weiß, daß der Haupttäter heimtückisch tötet. Tatumstände, die der Gehilfe nicht kennt, sind ihm nicht zuzurechnen. Er braucht nicht selbst heimtückisch zu handeln.

4. Durch blinden Gehorsam (SS-Eid) kann sich niemand von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreien.

StGB §§ 49, 50, 52, 128, 211; StPO §§ 204, 211;  
Bayerisches Gesetz Nr 22 (Ahndungsgesetz) Art 3.

1. Strafsenat. Urt vom 22. Januar 1952 g. B. u. a.  
1 StR 485/51.

I. Schwurgericht Schweinfurt

Aus Anlaß der sog. „Röhmrevolte“ kam es in H. (Schlesien) am 30. Juni 1934 zu zahlreichen Festnahmen durch die SS. Auf ihren Befehl wurden in der Nacht vom 1./2. Juli 1934 vier festgenommene jüdische Bürger der Stadt H. durch die SS an der Straße H.-G. erschossen, wohin sie mit einem Kraftwagen gebracht worden waren. Der Angeklagte B., der Führer eines Infanterie-Sturms der SS war, hatte einzelne der den Transport ausführenden SS-Männer dahin belehrt, daß die 4 Verhafteten auf dem Transport „umzulegen“ seien, und gab ihnen nähere Anweisung über die Art der Ausführung. Dabei erklärte er ausdrücklich, daß sie von hinten erschossen werden sollten, damit die Erschießung als solche „auf der Flucht“ hingestellt werden könnte. In derselben Weise unterrichtete er den Angeklagten G.; dieser war Unterscharführer der SS und sollte den Transport leiten; G. machte ihn auch ausdrücklich für den „Transport“ verantwortlich. Zur Abschreckung der Gegner des Nationalsozialismus hatte die SS angeordnet, daß die Leichen der Erschossenen auf freier Straße liegen bleiben sollten; das geschah dann auch. Vor der Öffentlichkeit wurde die Erschießung als solche „auf der Flucht“ bezeichnet. Die Erschießung hatte den Zweck, die Bevölkerung einzuschüchtern. Einige Tage später

wurden die beiden Angeklagten nebst anderen SS-Leuten zum Reichsführer der SS, Himmler, nach Berlin befohlen, wurden dort wegen ihres „Einsatzes“ belobigt und wurden sämtlich um einen Dienstgrad befördert.

Wer die tödlichen Schüsse abgegeben hat, ist nicht festgestellt worden. Auf Weisung des Generalstaatsanwalts in Br. wurden die Angeklagten im August 1934 in Untersuchungshaft genommen, und die Voruntersuchung gegen sie wurde eröffnet. Bei diesem Verfahrensstande ließ Hitler, der seit dem 2. August 1934 auch die Befugnisse des Reichspräsidenten ausübte, durch den Staatssekretär Freisler dem Generalstaatsanwalt im September 1934 das folgende Schreiben vorzeigen: „Ich billige das Verhalten der SS-Männer zwar nicht, lasse aber wegen der besonderen Verdienste der SS bei der Niederschlagung der Röhmrevolte Gnade vor Recht ergehen und schlage das Verfahren nieder.“

Das Schwurgericht hat die Angeklagten wegen Beihilfe zum Morde verurteilt. Ihre Revisionen sind als unbegründet verworfen worden.

#### Aus den Gründen:

1. Die Erklärung Hitlers hat das anhängige Verfahren im Sinne des Art 2 Nr 1 des Bayerischen Gesetzes Nr 22 vom 31. Mai 1946 (GVBl S 182) niedergeschlagen. Ein etwaiger gerichtlicher Einstellungsbeschuß könnte keine andere als nur noch feststellende Bedeutung haben. Er wäre kein Einstellungsbeschuß nach den §§ 204, 211 StPO mit Rechtskraftwirkung nach § 211. Die Angeklagten können sich also auf den Art 3 des Gesetzes Nr 22 nicht berufen. Deshalb ist es unerheblich, ob ein solcher feststellender Gerichtsbeschuß überhaupt ergangen ist und ob Zweifel hierüber zugunsten der Angeklagten wirken müßten. Die Strafverfolgung ist, wie das Schwurgericht zutreffend annimmt, nach den Art 1, 2 des Gesetzes Nr 22 unbeschränkt zulässig.

2. Auch die Sachrügen sind unbegründet.

Das Schwurgericht hat den Sachverhalt, was H. oder den unbekannten Haupttäter angeht, gemäß § 2 a StGB nach dem § 211 StGB alter und neuer Fassung ohne Rechtsirrtum als



Tötung mit Überlegung, aus niedrigem Beweggrunde und als heimtückische Tötung beurteilt. Die Tötung mit Überlegung ergibt sich schon aus der Planung der Haupttat. Daß die vier H.er Bürger nach der Vorstellung des oder der Haupttäter, zu denen die Angeklagten nicht gehören, überdies aus niedrigem Beweggrunde getötet worden sind, nämlich aus politischer und rassistischer Unduldsamkeit und Überhebung und zur Abschreckung politischer Gegner der NSDAP, nimmt das Schwurgericht mit Recht an. Auf diesen Beweggrund des oder der Haupttäter kommt es aber nicht weiter an, weil er den Angeklagten, die ihn nicht kannten, nicht zugerechnet werden kann.

— Anders steht es mit der heimtückischen Tötung. Nach Meinung der Revisionen wären die Opfer befehlsgemäß auf jeden Fall erschossen worden und den etwa 10 Bewaffneten gegenüber wehrlos gewesen; deshalb komme es nicht darauf an, ob die Tat hinterrücks geschah; das habe ihnen nur Qualen ersparen sollen. Ihre Arg- und Wehrlosigkeit sei nicht ausgenutzt worden. Damit verkennen die Revisionen das Wesen der heimtückischen Tötung. Diese vom Gesetz im § 211 dem niedrigen Beweggrunde gleichgestellte Begehungsweise der Tötung besteht in der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer durch den Täter (BGHSt 1 StR 191/51 vom 22. Mai 1951 und 1 StR 675/51 vom 21. Dezember 1951, OGHSt 3, 75). Ob der Täter meint, sein Ziel an sich auch anders erreichen zu können oder ob das Opfer der Tat sonst Widerstand entgegensetzen könnte, ist unerheblich. Die ahnungslosen Menschen sind nach der Überzeugung des Schwurgerichts nicht deshalb hinterrücks erschossen worden, um ihnen seelische Qualen zu ersparen, sondern weil der Taturheber es so befohlen hatte, um ein Erschießen auf der Flucht vortäuschen zu können. Auch auf die körperliche Überlegenheit der bewaffneten SS-Männer kommt es nicht an. Es mag sein, daß die Opfer einer offenen Erschießung ebenso wenig hätten entgehen können, wie der Tötung hinterrücks. Mindestens konnten sie die ungeheuerliche Tat dann aber durch Fluchtversuche, Hilferufe oder Gegenvorstellungen erschweren, alles Umstände, die der Taturheber durch seinen Befehl vermieden hat. Gerade angesichts der mit dem Urteil übereinstimmenden Dar-

legung der Revisionen, die Angeklagten hätten nur einen Befehl befolgt und die Tat, an der sie innerlich keinen Anteil gehabt hätten, nicht als eigene gewollt, hätten Gegenvorstellungen der Opfer unter Umständen Gewicht gehabt und die offen betriebene Tat mindestens erschwert. Die §§ 211 alter und neuer Fassung sind also ohne Rechtsirrtum angewandt.

3. Die Verurteilung wegen Beihilfe zum Morde ist frei von Rechtsirrtum und entspricht den §§ 49, 50 StGB. Die Angeklagten haben nicht selbst heimtückisch gehandelt, aber bei ihren Teilnahmehandlungen alle Tatumstände gekannt, die die Haupttat als heimtückische Tötung kennzeichnen. Der Angeklagte B. hat die Tat wie befohlen vorbereitet, der Angeklagte G. an ihr teilweise unmittelbar mitgewirkt. Beide haben sie so, wie sie befohlen war und wirklich verlaufen ist, tätig gefördert und fördern wollen. Damit ist die Beihilfe zum Morde bei beiden Angeklagten ausreichend begründet. Zu ihr gehört nicht, daß der Gehilfe selbst heimtückisch handelt. Nach § 50 Abs 1 StGB ist bei mehreren Tatbeteiligten jeder von ihnen ohne Rücksicht auf die Schuld anderer nur nach seiner Schuld strafbar. Die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers von der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Haupttat bleibt bestehen; beseitigt ist nur die Abhängigkeit seiner Schuld von derjenigen des Haupttäters. Der 2. Strafsenat hat dahin erkannt (BGHSt 1, 368 vom 9. November 1951), Mord und Totschlag seien nach dem Gesetz selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt; der § 211 sei kein schwerer Fall des § 212, dieser kein minder schwerer Fall des § 211. Die Entscheidung führt weiter aus, die Merkmale des § 211 seien echte Tatbestandsmerkmale, deshalb könne, wer aus niedrigem Beweggrunde zum Totschlag angestiftet habe — d. h. zu einer vorsätzlichen Tötung, die Totschlag ist, — nur wegen Anstiftung zum Totschlag bestraft werden. Jedenfalls in diesem letzten Punkt ist der Entscheidung beizutreten, ohne daß im übrigen geboten wäre, zu ihr Stellung zu nehmen. Nach dem Aufbau des Gesetzes ist das Merkmal „heimtückisch töten“ kein Strafschärfungsgrund bei der vorsätzlichen Tötung; ebensowenig kennzeichnet es besondere persönliche Eigenschaften oder Ver-



hältnisse beim Täter im Sinne des § 50 Abs 2 StGB (OGHSt 1, 103, 328/9). Vielmehr ist es ein aus äußeren und inneren Bestandteilen gebildetes Tatbestandsmerkmal des Mordes, ohne dessen Verwirklichung durch den Täter nicht auf Mord erkannt werden kann. Aus alledem folgt nach den allgemeinen Grundsätzen über die Tatbeihilfe (§ 49), daß wegen Teilnahme am Morde schon derjenige zu bestrafen ist, der an einer vorsätzlichen Tötung vorsätzlich teilnimmt und dabei diejenigen Umstände kennt, aus denen sich die Anwendung des § 211 auf die Haupttat ergibt, ohne daß er selbst ein Tatbestandsmerkmal des Mordes zu verwirklichen braucht. Dem Schwurgericht ist daher beizutreten. Die gegenteilige Meinung der Revision widerspricht nicht nur den §§ 49, 50 StGB, sie führt auch zu ungerechten Ergebnissen. Schon der OGH hat zu derselben Frage bemerkt, die besondere Schuldschwere eines Tatteilnehmers, der kein Mordmerkmal selber verwirkliche, liege darin, daß er, gleich aus welchen Beweggründen, eine als besonders schwer und verwerflich erkannte vorsätzliche Tötung bewußt fördere; außerdem ergebe die Neufassung des § 211 StGB, daß gewisse Hilfeleistungen zum Morde ihrem Wesen nach überhaupt kein Mordmerkmal erfüllen könnten. So kann zB die Beschaffung des Tatwerkzeugs in Kenntnis des Tatplans für sich allein nicht heimtückisch sein, obwohl der Gehilfe eine heimtückische Tötung dadurch bewußt fördert (OGHSt 1, 103, 328; 3, 118, 119). Die Ansicht der Revision ist mithin abzulehnen.

4. Daß die Angeklagten nur auf Befehl gehandelt haben, entschuldigt sie nicht. Obgleich sie als SS-Angehörige im Jahre 1934 keine Militärpersonen waren, hat das Schwurgericht diesen Umstand nach den Grundsätzen des § 47 MilStGB geprüft (so wie er zur Tatzeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Juni 1926 — RGBl I S 275 — galt). In unangreifbarer Beweiswürdigung stellt es fest, die Angeklagten hätten die Rechtswidrigkeit der befohlenen Tötungen erkannt, den Befehl H.s als bindend aber befolgt. Da die Angeklagten nicht Soldaten waren, könnte der Befehl höchstens eine Nötigung nach § 52 StGB gewesen sein. Die Revisionen behaupten, der SS-Eid habe die Angeklagten strenger gebunden als militärischer Gehorsam

den Soldaten. Für sie habe es keinen Widerspruch und keine Prüfung des Befehls auf Rechtmäßigkeit gegeben. Das ist abwegig und mit § 52 StGB nicht zu vereinigen. Es würde den Angeklagten selbst dann nichts helfen, wenn sie Soldaten gewesen wären. Das Strafrecht kennt keinen Entschuldigungsgrund des blinden Gehorsams und kann ihn nicht anerkennen, weil es damit die Grundlagen der Verantwortlichkeit des Menschen als Person aufgeben würde. Selbst der nationalsozialistische Fahnen-Eid (RGBl 1935 S 1035), der den Soldaten zum unbedingten Gehorsam gegen Hitler ausdrücklich verpflichtete, schloß die unerläßliche Ausnahme nach § 47 MilStGB nicht aus. Im übrigen erklärte das Strafrecht auch zur Tatzeit im § 128 StGB die Teilnahme an einer Verbindung, in der gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, an den Mitgliedern der Vereinigung für strafbar. Aber auch ohne diese Vorschrift entbindet blinder Gehorsam nicht von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Sollte der SS-Eid und die Zugehörigkeit zur SS solchen blinden Gehorsam gefordert haben, so wäre das rechtlich unbeachtlich. Wer sich freiwillig fremdem Willen unterwirft, bleibt strafrechtlich verantwortlich. Daß auch militärische Verhältnisse keine Aufhebung, sondern nur eine Einschränkung der Verantwortlichkeit des Untergebenen rechtfertigen, zeigen die Militärstrafgesetzbücher fast aller Staaten. Der § 47 des deutschen MilStGB unterwarf den Untergebenen der Strafe des Teilnehmers, wenn er einen erkanntermaßen auf ein Verbrechen oder Vergehen gerichteten Befehl des Vorgesetzten ausführte. Im angelsächsischen Rechtskreis entschuldigt neuerdings nur das Nichterkennen-Können der Rechtswidrigkeit (vgl. v. Weber, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, 1948 S 8 ff). Auf ein angebliches Sonderrecht der SS berufen sich die Angeklagten also vergeblich.

Für sie kam überdies nicht § 47 MilStGB, sondern nur der § 52 StGB in Betracht. Der Befehl konnte höchstens, soweit er eine Drohung mit Leibes- oder Lebensgefahr enthalten hätte, beachtlich sein. Nach den Urteilsfeststellungen war der Befehl nicht von dieser Art. Im Nötigungsstand haben sich die Angeklagten nach der Überzeugung des Schwurgerichts somit nicht



befunden. Wie es feststellt, hatten sie bei Befehlsverweigerung keine Leibes- oder Lebensgefahr zu befürchten; sie haben eine solche Befürchtung weder untereinander noch sonst jemals geäußert und die Beihilfe auch nicht deshalb geleistet, sondern den als rechtswidrig erkannten Befehl H.s ausgeführt, weil sie ihn als SS-Leute und überzeugte Nationalsozialisten für bindend hielten. Das ist kein Nötigungsstand, sondern ein verantwortliches Handeln auf Grund freiwilliger, für die eigene Verantwortlichkeit blinder Unterordnung.

66

~~Im Falle der Tötung auf Verlangen ist § 213 StGB nicht anwendbar.~~

StGB § 216.

3. Strafsenat. Urt vom 7. Februar 1952 g. K. 3 StR 1095/51.

I. Landgericht Düsseldorf

Der Angeklagte ist wegen Tötung auf Verlangen, begangen an seiner Ehefrau, zu vier Jahren Gefängnis verurteilt worden. Soweit seine Revision die Nichtanwendung des § 213 StGB rügt, kann sie nicht durchdringen.

Aus den Gründen:

Die Frage, ob Tötung auf Verlangen ein Vergehen besonderer Art ist, ist bestritten. Während dies früher die herrschende Meinung bejaht, tritt in neuerer Zeit namentlich die Rechtslehre überwiegend dafür ein, daß es sich um keine selbständige Straftat, sondern um einen milder zu behandelnden Sonderfall des Totschlags oder Mordes handle (Schönke, StGB § 216 Anm I; LK StGB § 216 Anm I; Kohlrausch-Lange, StGB Anm I; Frank, StGB § 216 Anm III; Eb. Schmidt DRZ 1949, 241; aM Olshausen StGB § 216 Anm 1). Es besteht jedoch kein Anlaß, von der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (zuletzt RGSt 53, 293) abzugehen, wonach der Tatbestand des § 216 StGB als der engere den des Totschlags oder Mordes ausschließt.

Anlaß zu einer Meinungsänderung könnte allenfalls die Änderung der Strafbestimmung des § 211 StGB geben. Zur Zeit, als



35. 1. Zum Begriff der Grausamkeit und des Handelns aus niedrigen Beweggründen bei § 211 StGB.

2. Zum Begriff der öffentlichen Zusammenrottung.

3. Ist der Landfriedensbruch vollendet, ist es auf die Schuldfrage ohne Einfluß, wenn sich der Täter später aus Unwillen über den Grad der Ausschreitungen von der Menge trennt.

4. § 2a Abs. 2 StGB. in der Fassung des Gesetzes vom 28. Juni 1935 ist geltendes Recht.

StGB. §§ 2a Abs. 2, 125, 211; AAR. Nr. 1 Ziff. 8 b.

Strafsenat. Urt. v. 3. Oktober 1949 g. B. u. a. StS 180/49.

I. Schwurgericht Düsseldorf.

#### Aus den Gründen:

Die Angeklagten sind wegen Teilnahme an Ausschreitungen gegen die Juden am 9./10. November 1938 verurteilt, bei denen es in H. zu schweren Mißhandlungen und zu Tötungen gekommen ist. Das Urteil kennzeichnet den Hergang als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit und führt dann aus:

Die daneben gebotene (OGHSt. Bd. 1 S. 39) Würdigung des Verhaltens der verurteilten Angeklagten nach deutschem Strafrecht ist dagegen nicht frei von Rechtsirrtum . . . Im Falle E. W. hat das Schwurgericht festgestellt, daß der Angeklagte Bu. hier mit Überlegung gehandelt hat. Diese Darlegungen sind rechtlich bedenkenfrei. Die Beurteilung des Sachverhalts nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht führt hier zur Anwendung des § 211 StGB. alter Fassung. Mit Rücksicht auf § 2a StGB. hat das Schwurgericht richtig auch weiter geprüft, ob das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht milder ist. Es ist zu dem Ergebnis gekommen, daß der Tatbestand des Mordes nach § 211 StGB. n. F. nicht vorliege, sondern nach neuem Recht nur § 212 StGB. gegeben sei. Diese Begründung ist jedoch rechtlich fehlerhaft. Das Merkmal der Heimtücke im Sinne des § 211 StGB. n. F. wird zwar mit nicht zu beanstandender Begründung verneint. Falschheit und Verschlagenheit haben der Tat ersichtlich nicht das Gepräge gegeben. Aber schon die Verneinung eines nie-



drigen Beweggrundes ist nach den sonst getroffenen Feststellungen nicht bedenkenfrei. Das Gericht hält es für wahrscheinlich, daß der Angeklagte aus einer falsch verstandenen Gefolgschaftstreue heraus geglaubt habe, seine Mitwirkung nicht versagen zu dürfen und daß er gehandelt habe, um nicht als Feigling zu erscheinen. Der Umstand, daß Treue, Mut und Tapferkeit sonst billigenwerte und wünschenswerte männliche Tugenden sind, reicht aber nicht aus, hier den niedrigen Beweggrund zu verneinen. Denn das Schwurgericht stellt auch fest, daß der Angeklagte die wahre Bedeutung der ganzen Aktion erkannte. Er wußte also, daß völlig schuldlose Menschen ohne jeden menschlich verständlichen Anlaß zu Tode gehetzt wurden, nur weil sie zu einer bestimmten rassischen oder religiösen Gemeinschaft gehörten. Die Tötung eines Menschen aus einem solchen Grunde bedeutet eine Abkehr von den einfachsten und selbstverständlichsten Grundsätzen und sittlichen Überzeugungen aller Kulturvölker. Wer, wie der Angeklagte, um diese Grundsätze und Überzeugungen weiß, sich aber in so unmißverständlicher Weise von ihnen lossagt, handelt sittlich besonders verwerflich. Wer sich in seinem Verhalten von Überlegungen leiten läßt, die eine bewußte Abkehr von diesen Grundsätzen bedeuten, handelt aus niedrigen Beweggründen. Das bedeutet nicht, daß jede Tötung aus politischen Gründen als Mord beurteilt werden müßte, weil der politische Beweggrund in jedem Falle ein niedriger Beweggrund sei. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich vielmehr deutlich von dem üblichen Bilde der Tötung aus politischen Gründen. Bei ihr wird der Täter seinem Opfer regelmäßig eine bestimmte, an ihm mißbilligte politische Haltung oder ein bestimmtes Verhalten vorwerfen. Im vorliegenden Falle bildete aber nicht einmal das Verhalten der Opfer, sondern ihr bloßes Dasein, ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten rassischen oder religiösen Gemeinschaft den Grund dafür, daß sie umgebracht wurden. Nach den Darlegungen des Schwurgerichts war sich der Angeklagte darüber auch klar. Bei dieser Sachlage liegt die Annahme nahe, daß mißverständene Gefolgschaftstreue und die Befürchtung, sich sonst dem Vorwurf der Feigheit auszusetzen, den Angeklagten allein zur Tat niemals bestimmt hätten, sondern letzten

Endes der Gedanke, daß es sich bei seinem Opfer „nur“ um einen Juden handele. Traf das aber zu — und das ist nach den Feststellungen des Schwurgerichts nicht auszuschließen —, dann muß das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes bejaht werden.

Mit unzutreffender Begründung hat das Schwurgericht auch das Merkmal der Grausamkeit verneint. Es führt hierzu aus: „Die Tötung ist hier durch den Schuß mit einer auf die Schläfe aufgesetzten Pistole ausgeführt worden. Eine solche Art der Tötung führt aber normalerweise zu einem sofortigen und damit auch schmerzlosen Ende“

Das Schwurgericht folgert also das Fehlen der Grausamkeit schon daraus, daß der eigentliche Vorgang des Sterbens bei E. W. kurz und — soweit Überlebende das zu erkennen vermögen — schmerzlos war. Diese Betrachtungsweise ist zu eng. Schon in OGHSt. Bd. 1 S. 95, 99 ist ausgesprochen, daß die Grausamkeit einer Tötung auch in den Umständen, unter denen sie geschieht, liegen kann, mag auch die Tötung selbst schnell und ohne besondere körperliche Qualen bewirkt werden. Hier aber ist E. W. gleichsam zu Tode gehetzt worden. Er erlebte zunächst, wie seine Mutter völlig schuldlos getötet wurde. Längere Zeit verbrachte er dann versteckt in Todesangst, bis auch er schließlich aufgespürt wurde und der Angeklagte Bu., dem die vorhergehenden Ereignisse bekannt waren, den hilflos, blutüberströmt und im Zustande höchster Verängstigung vor ihm stehenden Menschen nach vorbereitenden Maßnahmen, die diesem als zu seiner Tötung führend deutlich erkennbar waren, erbarmungslos niederschoss. Zum äußeren Tathergang enthält das angefochtene Urteil damit so eingehende Feststellungen, daß auf ihrer Grundlage das Vorliegen der Grausamkeit, soweit es dabei auf den äußeren Hergang ankommt, schon jetzt zu bejahen ist. Zum inneren Tatbestand, zu dem Handeln aus unbarmherziger Gesinnung gehört, hat sich das Schwurgericht von seinem Standpunkt aus noch nicht geäußert. Die fehlenden Feststellungen können auch trotz eindeutiger Anzeichen dem Zusammenhang der Urteilsgründe nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden. Das angefochtene Urteil ist deshalb insoweit aufzuheben.

Ergibt die neue Hauptverhandlung, daß das Verhalten



des Angeklagten im Falle E. W. sowohl nach der alten wie nach der neuen Fassung des § 211 StGB. als Mord zu beurteilen ist, so ist mit Rücksicht auf Art. 102 des Grundgesetzes § 211 a. F. anzuwenden. Denn Art. 102 hat die Todesstrafe mit unmittelbar eingreifender, rückwirkender Kraft abgeschafft (OGHSt. Bd. 2 S. 1). Damit ist sowohl in § 211 a. F. wie in § 211 StGB. n. F. nur noch lebenslanges Zuchthaus als einzige Strafe angedroht. Dem § 211 StGB. a. F. mit der durch Art. 102 des Grundgesetzes bestimmten Strafe steht also kein milderes späteres Gesetz gegenüber, das nach § 2a Abs. 2 StGB. angewendet werden könnte. Wenn auch bei tateinheitlichem Zusammentreffen mit Verbrechen gegen die Menschlichkeit die Strafe gemäß § 73 StGB. dem KRG. 10 zu entnehmen ist, weil dieses neben Freiheitsstrafen bis zu lebenslangem Zuchthaus auch noch Geldstrafen androht und deshalb als dasjenige Gesetz anzusehen ist, das die schwerste Strafe androht, so führt die gleichzeitige Anwendung des § 211 StGB. a. F. in Verbindung mit Art. 102 des Grundgesetzes doch dazu, daß keine mildere Strafe als lebenslanges Zuchthaus verhängt werden darf (OGHSt. Bd. 1 S. 244).

Müßte nach dem Ergebnis der neuen Hauptverhandlung § 211 a. F. bejaht, § 211 StGB. n. F. dagegen verneint werden, so würde der Sachverhalt nach jetzt geltendem Recht nach § 212 StGB. n. F. zu beurteilen sein. Dieser wäre gegenüber dem § 211 a. F. das mildere Gesetz, könnte also nach § 2a Abs. 2 StGB. an Stelle des § 211 StGB. a. F. angewendet werden. Gegen die Geltung dieser Vorschrift in ihrer jetzt vorliegenden Fassung bestehen keine Bedenken. Sie ist zwar erst durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 eingeführt und bedeutet eine Änderung des früheren Rechtszustandes insofern, als sie die Bestimmung des früheren § 2 Abs. 2 StGB., der die Anwendung eines späteren milderen Gesetzes zwingend vorschrieb, in eine Kannvorschrift umwandelte. Sie ist jedoch nicht etwa ein Ausdruck nationalsozialistischer Rechtsauffassung, so daß ihr auch nicht aus diesem Grunde die Geltung abgesprochen werden kann. Das Reichsgericht hat schon den früheren § 2 Abs. 2 StGB. einschränkend stets dahin ausgelegt, daß die Anwendung des späteren milderen Gesetzes nur geboten sei, wenn es auf einer veränderten

(„geläuterten“) Rechtsauffassung beruhe. Die Frage der Rückwirkung eines späteren milderen Gesetzes war auch schon vor 1933 Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen. Diesen Meinungsstreit brachte der durch Gesetz vom 28. Juni 1935 eingeführte § 2a Abs. 2 StGB. dadurch zu einem vorläufigen Abschluß, daß er die Anwendung des späteren milderen Gesetzes in das Ermessen des Gerichts stellte. Dabei handelt es sich nicht um ein freies, sondern — wie bei jeder richterlichen Ermessensentscheidung — um rechtlich gebundenes Ermessen, das sich vor allem durch die mit einer Rechtsänderung verfolgten Ziele und Zwecke und durch die gesetzgeberischen Gründe leiten lassen muß, auf denen die Änderung beruht. So verstanden, haftet dem § 2a Abs. 2 StGB. nichts an, was mit dem Geiste der heutigen Strafrechtsordnung unverträglich wäre. Bezeichnenderweise hat auch das KRG. 11 die dem § 2a benachbarten §§ 2 und 2b StGB. aufgehoben, den § 2a StGB. aber unberührt gelassen.

Schließlich steht der uneingeschränkten Anwendung des § 2a Abs. 2 auch nicht die Sperrvorschrift der AAR. Nr. 1 Ziffer 8b entgegen. Dabei kommt es allerdings nicht entscheidend darauf an, daß es sich bei § 2a StGB. um eine strafrechtliche Vorschrift allgemeiner Art handelt, durch die kein bestimmtes Strafgesetz in seiner Strafandrohung verschärft wird. Entscheidend ist, daß die uneingeschränkte Anwendung des § 2a Abs. 2 StGB. den mit der Sperrvorschrift der Ziffer 8b AAR. Nr. 1 verfolgten Zwecken widerstreitet. Diese gehen ersichtlich dahin, daß — von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen — für eine Tat keine höhere Strafe verhängt werden soll, als für dieselbe Tat vor dem 30. Januar 1933 zulässig gewesen wäre. Dieser Zweck wird durch die Anwendung des § 2a Abs. 2 StGB. dann nicht gefährdet, wenn — wie es auch im vorliegenden Falle zutrifft — das mildere Gesetz nach dem 30. Januar 1933 erlassen ist. Macht der Tatrichter in einem solchen Falle von der ihm durch § 2a Abs. 2 StGB. gegebenen Ermächtigung keinen Gebrauch, sondern wendet er, entgegen dem früheren § 2 Abs. 2 StGB., das zur Tatzeit geltende strengere Gesetz an, so verhängt er doch keine Strafe, die er für dieselbe Tat nicht auch vor dem 30. Januar 1933 hätte verhängen können. Unter der Voraussetzung, daß das mildere Gesetz erst nach dem



30. Januar 1933 in Kraft getreten ist, muß also die Geltung des § 2a Abs. 2 StGB. mit der im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegend vertretenen Rechtsmeinung bejaht werden. Im vorliegenden Falle müßte also das Schwurgericht, wenn es § 211 StGB. a. F. bejahen, § 211 StGB. n. F. aber verneinen müßte, sich nach § 2a Abs. 2 StGB. schlüssig werden, ob es dann den § 212 StGB. n. F. anwenden will, nach dem die Tat des Angeklagten vom jetzt geltenden Rechtszustande aus zu beurteilen wäre. Obwohl § 212 StGB. n. F. im Gegensatz zu § 212 StGB. a. F. als Höchststrafe lebenslanges Zuchthaus androht, stehen, wie in OGHSt. Bd. 2 S. 138 ausgeführt ist, Bestimmungen des Besatzungsrechts seiner Anwendung nicht entgegen.

Mit unzutreffender Begründung hat das Schwurgericht auch den Tatbestand des Landfriedensbruchs verneint. Es geht zwar an sich zutreffend davon aus, daß die öffentliche Zusammenrottung einer Menschenmenge nur vorliege, wenn die den Teilnehmern bewußte Möglichkeit der Beteiligung vieler, nicht bestimmter Personen gegeben ist. Abweichend von diesem richtigen Ausgangspunkt untersucht es aber dann, ob sich dem Trupp, zu dem die Angeklagten Bo., P. und Sch. gehörten, noch andere angeschlossen haben oder sich beteiligen wollten, oder ob die ursprünglich Beteiligten darauf Wert legten. All das ist für die Frage der Möglichkeit zum Anschluß nicht entscheidend. Auch wenn jede Gruppe zunächst nur aus bestimmten, zu der „Aktion“ befohlenen ortsfremden SS-Leuten bestand und dieser Kreis sich zunächst nur um diejenigen vergrößerte, die besonders zur Teilnahme aufgefordert wurden, steht das der Annahme einer öffentlichen Zusammenrottung nicht entgegen. Aus dem angefochtenen Urteil ist nichts darüber zu entnehmen, daß die einzelnen Gruppen Vorkehrungen oder Maßnahmen getroffen hätten, die den Zweck verfolgt hätten, andere — auch Gesinnungsfreunde — von der Beteiligung auszuschließen. Es ist nicht einmal ersichtlich, daß die ursprünglichen und besonders aufgeforderten Teilnehmer durch eine straffe Befehlsgewalt zusammengefaßt wurden. Mit der Tätigkeit, die die Gruppen entfalteten, war die Erregung großen Lärms notwendig verbunden. Es widerspricht aller Lebenserfahrung, daß dadurch nicht auch andere angelockt werden konnten.

Allein im „Deutschen Haus“ waren gegen 150 Menschen versammelt, die nach ihrer politischen Gesinnung und Haltung zu einem großen Teil als mögliche Beteiligte in Betracht kamen. Zum Unterschiede von zahlreichen anderen mit Gewalttätigkeiten gegen Mißliebige und Andersgesinnte verbundenen Unternehmungen zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft, denen dann meist der Anschein polizeilicher Maßnahmen gegeben wurde, war die Judenverfolgung im November 1938, wie die Erfahrung gezeigt hat und was das Schwurgericht übersehen hat, jedenfalls dort, wo nach den örtlichen Verhältnissen eine zustimmende Haltung weiterer Kreise zu erwarten stand, geradezu darauf angelegt, daß sich außer den ursprünglich dazu Befohlenen auch andere Gesinnungsfreunde an den Ausschreitungen beteiligten. Die vom Schwurgericht im einzelnen erörterten näheren Tatumstände, vor allem die Art und der Verlauf der Ausschreitungen, die auch zur Nachtzeit die Aufmerksamkeit weiter Kreise erregen mußten und die Tatsache, daß vorwiegend solche Einwohner der Stadt, die nach ihrer politischen Haltung am ehesten für eine Beteiligung in Betracht kamen, zur Tatzeit noch in Gaststätten versammelt oder auf dem Heimweg begriffen waren, zeigen zur Genüge, daß auch in H. die Verhältnisse nicht anders lagen. Tatsächlich stellt das angefochtene Urteil sogar fest, daß sich der rechtskräftig verurteilte frühere Mitangeklagte Sch. ohne besondere Aufforderung einer der Gruppen anschloß. Auch Kr. fügte sich für einige Zeit, vorauf noch besonders einzugehen ist, einer Gruppe ein. Der Angeklagte L. konnte nach den Feststellungen des Urteils aus eigenem Entschluß die Wohnung H. aufsuchen, als eine der Gruppen dort wütete und sich der Frau H. und ihres kleinen Kindes annehmen, ohne irgendwie behindert zu werden. Um wieviel weniger ist daher anzunehmen, daß seine tätige Beteiligung an den Ausschreitungen unterbunden worden wäre. Bezeichnend ist, daß in der Wohnung der jüdischen Familie B. gleich zwei dieser gewalttätigen Trupps zusammentrafen, wobei sich jeder um den anderen vergrößerte. Alle diese vom Schwurgericht selbst festgestellten Tatsachen ergeben, daß die Möglichkeit des Anschlusses anderer bestand. . . .

Zur inneren Tatseite hat sich das Schwurgericht



nicht geäußert. Nach den den Angeklagten bekannten äußeren Tatumständen liegt zwar die Annahme nahe, daß auch sie sich dessen bewußt waren, daß sich jederzeit noch andere den Ausschreitungen anschließen konnten. Mit voller Sicherheit ist aber dieser Umstand dem Zusammenhange der Urteilsgründe nicht zu entnehmen. . . .

Auch der Freispruch des Angeklagten Le. beruht, wie der Revision der Staatsanwaltschaft zuzugeben ist, auf den irrigen Rechtsansichten des Schwurgerichts zur Frage und den Erfordernissen des Landfriedensbruchs. Nach den Urteilsfeststellungen bemerkte Le., der sich mit zahlreichen anderen im „Deutschen Haus“ befand, wie verschiedene SA- und SS-Leute die Gaststätte verließen, hörte, wie es auf der Straße laut wurde und ging hinaus, um zu sehen, was es gebe. Als er am Hause H. vorbeikam, hörte er Hilferufe. Er ging in das Haus hinein und war zugegen, als H. von dem Mitangeklagten Bu. erstochen wurde. Vor ihm stand die Schwiegertochter des H. mit einem kleinen Kinde auf dem Arm. Diese fiel unmittelbar nach dem von Bu. geführten Dolchstoß in Ohnmacht. Le. brachte sie und das Kind zu einer Nachbarsfrau. Auf Biten der Frau H. blieb er noch weiterhin bei dem Kinde, bis alles ruhig geworden war.

Diese Feststellungen vermögen die Freisprechung Le.s noch nicht zu rechtfertigen. Dadurch, daß er sich der Schwiegertochter des H. und ihres kleinen Kindes annahm, setzte er sich allerdings erkennbar in bewußten Gegensatz zu dem gewalttätigen Treiben der anderen, die in dem Hause wüteten. Die bloße Tatsache der körperlichen Anwesenheit im Hause kann deshalb von diesem Zeitpunkt an nicht als Anschluß an die Zusammenrottung angesehen werden. Denn er nahm nach außen deutlich erkennbar eine Haltung ein, die die Meinung nicht aufkommen lassen konnte, daß er jederzeit unterstützend eingreifen und die Zusammenrottung verstärken könne. Von dem Zeitpunkt an, wo er für Frau H. und ihr Kind sorgte, ist die Ansicht des Schwurgerichts, daß er sich weder des Verbrechens gegen die Menschlichkeit noch des Landfriedensbruchs schuldig gemacht habe, daher frei von Rechtsirrtum. Die Feststellungen des Schwurgerichts lassen aber die Möglichkeit offen, daß er durch sein Verhalten vorher diese Tatbestände ver-

wirklicht hat. Denn dem Urteil ist nicht zu entnehmen, daß er gerade durch die Hilferufe veranlaßt wurde, die Wohnung der Familie H. zu betreten und daß er alsbald nach dem Eintritt die Gewalttat Bu.s erlebte und für Frau H. und das Kind sorgte. Nach den bisherigen Feststellungen ist es vielmehr nicht ausgeschlossen, daß er aus anderen Gründen in das Haus ging, sich dort längere Zeit aufhielt, ehe er helfend eingriff, dabei ein Verhalten an den Tag legte, das ihn als Teil der in der Wohnung wütenden Menge erscheinen ließ und erst durch die Bluttat Bu.s dazu gebracht wurde, sich von dem gewalttätigen Treiben der anderen abzuwenden und den Regungen der Anständigkeit und der Menschlichkeit nachzugeben. Wenn das zutraf, würde er sich durch dieses Verhalten des Landfriedensbruchs nach § 125 StGB., möglicherweise auch des Verbrechens gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben. Auch wenn sein späteres Verhalten dazu im Gegensatz gestanden hätte und erkennen ließ, daß er eine bessere Einsicht gewonnen hatte und ihr auch unter deutlicher Abkehr vom bisherigen strafbaren Treiben folgte, so würde dadurch der schon vollendete Landfriedensbruch nicht aus der Welt geschafft worden sein. Die Schuldfrage würde durch sein späteres Verhalten nicht berührt, nur für das Maß seiner persönlichen Schuld und damit für die Höhe der Strafe könnte dann von Bedeutung sein, daß er sich von der gewalttätigen Menge, nachdem er ihr eine Zeitlang angehört hatte, aus besserer Einsicht trennte. Da das Schwurgericht das verkannt hat, fehlen ausreichende tatsächliche Feststellungen. . . .

~~36. 1. Gesetze, die RM-Strafen androhten, drohen nunmehr DM-Strafen in gleicher Höhe an, auch für Taten, die vor der Währungsreform begangen sind. Eine vor der Währungsreform noch nicht verhängte Strafe kann nicht im Verhältnis 10:1 auf DM umgestellt werden.~~

2. Zum Verbot der reformatio in peius:

- a) Die im aufgehobenen Urteil erkannte Freiheitsstrafe begrenzt nicht die Höhe einer nunmehr stattdessen erkannten Geldstrafe, wohl dagegen die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe.



255  
- 365 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

In der Strafsache gegen

- 1.) den früheren Oberregierungsrat Oswald S c h ä f e r ,  
jetzt in Hamburg-Eimsbüttel, geboren am 14. Juni 1908  
in Braunschweig,
- 2.) den Geologen Dr. Richard L e b k ü c h n e r aus  
München-Pasing, geboren am 2. März 1902 in Neuenstadt  
Krs. Heilbronn,

wegen Beihilfe zum Totschlag u.a.

hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der  
Sitzung vom 14. Oktober 1952, an der teilgenommen  
haben:

Senatspräsident Richter  
als Vorsitzender,

Bundesrichter Dr. Peetz

Bundesrichter Mantel

Bundesrichter Dr. Geier

Bundesrichter Glanzmann  
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt Dr. Kohlhaas in der Verhandlung,  
Amtsgerichtsrat Schumacher bei der Verkündung  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizangestellter Weiß  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das  
Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht München I  
vom 29. Mai 1951, soweit die beiden Angeklagten von  
der Anschuldigung der Beihilfe zum Totschlag in je  
20 Fällen freigesprochen worden sind, mit den Fest-  
stellungen aufgehoben und die Sache in diesem Umfange  
zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über  
die Kosten des Rechtsmittels, an das Schwurgericht  
zurückverwiesen.

Die Revision des Angeklagten Schäfer wird verworfen.  
Er hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen



G r ü n d e :

I. Zur Revision des Angeklagten Schäfer.

1.) Verfahrensrüge.

Die auf § 338 Nr. 1 StPO gestützte Verfahrensrüge ist unbegründet. Der Geschworene Metzgermeister Michael Fottner hat nach seiner eigenen Erklärung zu keinem Zeitpunkt während der Hauptverhandlung geschlafen. Er hat nur gelegentlich wegen Augenschmerzen die Augen geschlossen, so dass bei anderen der Eindruck des Schlafens entstehen konnte; er ist jedoch während dieser Zeit den Vorgängen in der Hauptverhandlung mit Aufmerksamkeit gefolgt. Diese seine zu Protokoll des Urkundsbeamten abgegebene Erklärung ist glaubwürdig. Sie wird durch die dienstlichen Äusserungen des Vorsitzenden und des Landgerichtsrats, der in der Hauptverhandlung neben dem Geschworenen saß, in entscheidenden Punkten bestätigt. Der Verfahrensrüge, die sich auf die Behauptung stützt, dass der Geschworene während eines grossen Teiles der Hauptverhandlung, vor allem während der Schlussvorträge des Verteidigers fest geschlafen habe, fehlt also die tatsächliche Grundlage.

2.) Sachbeschwerde.

Die Verurteilung des Angeklagten Schäfer wegen Körperverletzung im Amt in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung lässt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten erkennen.

Rechtlich bedenklich ist nur die Auffassung des Schwurgerichts, dass die mindestens 60 Fälle, in denen der Angeklagte von 1943 bis April 1945 Ostarbeiter in der im Urteil näher dargelegten Weise verprügeln liess, recht-



lich nur eine Handlung bilden. Der Angeklagte ist aber nicht dadurch beschwert, dass das Schwurgericht bei zutreffender Beurteilung den Angeklagten wegen 60 rechtlich selbständiger Fälle der Körperverletzung im Amt in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung hätte verurteilen müssen, es statt dessen aber nur eine Handlung angenommen hat. Die Frage braucht deshalb hier nicht näher erörtert zu werden. Eine Beschwer des Angeklagten ergibt sich auch nicht daraus, dass das Schwurgericht von seinem Standpunkt aus angenommen hat, die Verjährungsfrist beginne für alle Fälle der Misshandlung erst mit dem zeitlich zuletzt liegenden Falle zu laufen und sei deshalb durch den gegen den Angeklagten am 21. Oktober 1949 ergangenen Haftbefehl rechtzeitig unterbrochen worden. Denn auch wenn man annimmt, dass jeder Fall der Misshandlung rechtlich als selbständige Handlung anzusehen ist, blieben die vor dem 22. Oktober 1944 liegenden Fälle verfolgbar, weil insoweit Art. 1 und 2 des bayer. Gesetzes Nr. 22 zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten vom 31. Mai 1946. (Bayer. GVBl 1946 S. 182) eingreifen. Das ist im Urteil mit zutreffenden Gründen ausgeführt - allerdings von der rechtsirrigen Annahme aus, dass die Voraussetzungen des Art. 1 Ges. Nr. 22 auch für solche Handlungen vorliegen müssten, die nach den allgemeinen Vorschriften noch nicht verjährt seien (vgl. BGHSt Bd. 2 S. 20, 22).

Die Prügelstrafe, "Kurzbehandlung", die der Beschwerdeführer als damaliger Leiter der Gestapoleitstelle München an Ostarbeitern hauptsächlich in Fällen der Arbeitsverweigerung und bei Disziplinwidrigkeiten durchführen liess, war, wie das Schwurgericht zutreffend angenommen hat,



877

rechtswidrig. Der den Leitern der Gestapoleitstellen und darunter auch dem Beschwerdeführer durch geheimen Schnellbrief zugegangene Erlass des Reichssicherheitshauptamts (RSHA) vom 5. November 1942, der die Staatspolizeileitstellen u.a. auch ermächtigte, gegen Ostarbeiter unter bestimmten Voraussetzungen anstelle einer kurzfristigen Haft die "Kurzbehandlung" anzuwenden, hat entgegen der Auffassung der Revision nicht die Bedeutung eines rechtsetzenden und verbindlichen Gesetzes. Der Beschwerdeführer kann deshalb aus ihm keinen Rechtfertigungsgrund für sein Verhalten herleiten. Dem Erlass des RSHA muss, wie das Schwurgericht mit Recht angenommen hat, die Bedeutung einer verbindlichen gesetzgeberischen Massnahme schon deshalb abgesprochen werden, weil er nicht als Gesetz verkündet worden ist. Die von ihm verordneten Abweichungen von dem in Deutschland allgemein geltenden Rechtszustande entbehrten schon dadurch der ordnungsmässigen Grundlage. Abgesehen davon, müssen dem Erlasse seines Inhalts wegen rechtsetzende Kraft und verbindliche Wirkung abgesprochen werden. Das hat auch das Schwurgericht mit durchweg zu billigender Begründung angenommen. Seine Ausführungen stehen in diesem Punkte im Einklang mit dem Urteil des Senats BGHSt Bd. 2 S. 234, 236 ff. Dort ist ausgeführt, die Freiheit eines Staates, für seinen Bereich darüber zu bestimmen, was Recht und was Unrecht sein solle, möge noch so weit bemessen werden, sie ist doch nicht unbeschränkt. Im Bewusstsein aller zivilisierten Völker besteht bei allen Unterschieden, die die nationalen Rechtsordnungen im einzelnen aufweisen, ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsüberzeugung von keinem Gesetz und keiner obrigkeitlichen Massnahme verletzt werden darf.



Er umfasst bestimmte als unantastbar angesehene Grundsätze des menschlichen Verhaltens, die sich bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet haben und die als rechtlich verbindlich gelten, gleichgültig, ob einzelne Vorschriften nationaler Rechtsordnungen zu gestatten schienen, sie zu missachten. Wo die Grenze zu ziehen ist zwischen dem Bereich, in dem der Staat darüber befinden darf, was Recht und Unrecht sein soll, und jenem anderen Bereich, in dem auch der Staat mit seinen Massnahmen Bindungen und Beschränkungen unterliegt, ergab sich auch für die Zeit von 1933 bis 1945 aus dem Grundgedanken der Gerechtigkeit und der Menschlichkeit, wie er im Bewusstsein der Allgemeinheit lebt. Mit ihm ist der Gedanke der Gleichheit untrennbar verbunden. Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstrebten, den Gedanken der Gleichheit bewusst verleugneten und die allen Kulturvölkern gemeinsamen Rechtsüberzeugungen, die sich auf den Wert und die Würde der menschlichen Persönlichkeit beziehen, deutlich missachteten, schufen also kein Recht, und ein ihnen entsprechendes Verhalten blieb Unrecht.

Abwegig ist deshalb die Meinung der Revision, die Prüfung der Rechtswirksamkeit des Erlasses des RSHA vom 5. November 1942 müsse von den staatsrechtlichen Gegebenheiten zur damaligen Zeit ausgehen; weil nach diesen jeder Willenskundgebung Hitlers gesetzsgleiche Wirkung zugekommen und der Erlass des RSHA mit seinem Willen ergangen sei, müsse auch seine Rechtswirksamkeit für die damalige Zeit bejaht werden. Denn jener unantastbare Kernbereich des Rechts war auch der Willkür Hitlers entzogen und keine noch so weit-



gehende Ermächtigung, gleichgültig, welchen Inhalt sie hatte und auf welcher Grundlage sie erging, konnte ihn von der Verpflichtung entbinden, die Rechtsgebote zu beachten, die zu jenem Bereich gehören. Griff er, wie es im Erlass vom 5. November 1952 geschehen ist, willkürlich in diesen Bereich ein, so ging auch seiner Willenskundgebung jede rechtsetzende Kraft ab.

Von diesem Rechtsboden aus muss der Erlass des RSHA vom 5. November 1942, der die Staatspolizeileitstellen zur Anordnung und Durchführung der Prügelstrafe an Ostarbeitern ermächtigte, jede Rechtswirkung versagt werden. Die Anordnung war, wie das Schwurgericht unter Bezugnahme auf die Begründung des Erlasses zutreffend ausführt, Ausfluss des nationalsozialistischen Rassenwahns. Er ging davon aus, dass Polen und Angehörige anderer Ostvölker fremdvölkische und rassistisch minderwertige Menschen seien, die aus staatspolitischen Erwägungen strafrechtlich anders als deutsche Menschen zu behandeln seien. Er erklärte, die Erwägungen, die für die Beurteilung von Verfehlungen Deutscher richtig sein möchten, nämlich die weitgehende Berücksichtigung der persönlichen Beweggründe des Täters bei der Ahndung einer Straftat, seien bei der Beurteilung Fremdvölkischer falsch. Ihr Verhalten sei nur unter dem Gesichtspunkt der polizeilichen Gefahrenabwehr zu sehen. Damit wurde deutlich der Grundsatz der Gleichheit und der Gedanke der Menschlichkeit verletzt. Das geschah besonders auch durch die entwürdigende Prügelstrafe. Der Erlass des RSHA vom 5. November 1942 bot nach alledem für das Verhalten des Angeklagten keinen Rechtfertigungsgrund.



Zu Unrecht verweist die Revision demgegenüber darauf, dass zahlreiche Rechtsordnungen ein Züchtigungsrecht für Lehrer und Erzieher anerkennen und manches Recht noch heute Stockschläge als Strafe gegenüber jugendlichen Rechtsbrechern kenne. Denn diesen Massnahmen fehlt der bewusst den Menschenwert und die Menschenwürde der Opfer verneinende Charakter, den die Prügelstrafe nach dem Sinn des Erlasses des RSHA vom 5. November 1942 haben sollte und in ihrem Vollzug in der Tat auch hatte.

Zur inneren Tatseite hatte sich das Schwurgericht mit der Behauptung des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, dass er die "Kurzbehandlung" auf Grund des Erlasses des RSHA vom 5. November 1942 für gesetzmässig und rechtmässig gehalten habe. Es ist der Meinung, dass neben dem Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmale auch das Bewusstsein der Unrechtmässigkeit der Tat einen Teil des Vorsatzes ausmache, hat jedoch als erwiesen angesehen, dass sich der Angeklagte des Unrechts seines Verhaltens bewusst gewesen sei, weil er an die Rechtmässigkeit des Erlasses vom 5. November 1942 nicht geglaubt habe. Der rechtliche Ausgangspunkt des Schwurgerichts bedarf allerdings der Berichtigung. Der Grosse Senat hat in BGHSt Bd. 2 S. 194 dahin entschieden, dass in den Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit kein besonderes Tatbestandsmerkmal, sondern allgemeines Verbrechenmerkmal ist, der Täter unter der Voraussetzung, dass er die Tatbestandsmerkmale mit Wissen und Wollen verwirklicht hat, nicht nur dann wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestraft werden muss, wenn er das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehabt hat, sondern auch dann, wenn er bei gehöriger An-



spannung des Gewissens das Bewusstsein, Unrecht zu tun, hätte haben können. Für den besonderen Fall, dass der Tatbestand einer strafbaren Handlung durch den Spruch eines Gerichts und seine Vollstreckung verwirklicht wird, hat der Senat unter der Voraussetzung, dass ein solcher Spruch unter bestimmten Gegebenheiten auch rechtmässig ergehen kann, in der zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidung vom 8. Juli 1952 - 1 StR 123/51 - ausgesprochen, dass der daran Beteiligte strafrechtlich dafür nur dann zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er weiss, dass das Urteil im Widerspruch zur wahren Rechtslage steht, oder mindestens damit rechnet und auch für diesen Fall seinen Beitrag will. Der Senat hat in diesem Sinne auch für den Fall des Versuchs der vorsätzlichen Tötung entschieden, dessen Tatbestand die Rechtswidrigkeit als besonderes Tatbestandsmerkmal nicht nennt. Von diesem Fall unterscheidet sich jedoch der Sachverhalt, den das Schwurgericht für erwiesen erachtet hat. Nach ihm scheidet die Annahme aus, dass der Angeklagte irrtümlich Tatsachen als gegeben erachtet haben könnten, die, wenn sie vorgelegen hätten, für sein Verhalten einen Rechtfertigungsgrund abgegeben hätten. Er könnte nach der ganzen Sachlage höchstens irrtümlich an eine Rechtfertigung geglaubt haben, die in Wahrheit nicht bestand und von keiner Rechtsordnung anerkannt werden konnte. Ein etwaiger Irrtum des Angeklagten hätte sich also ganz im Bereich der rechtlichen Bewertung seines Tuns gehalten. Daraus folgt, dass ein solcher Irrtum nicht notwendig die Verantwortlichkeit des Täters für die vorsätzliche Verwirklichung der Tatbestände der Körperverletzung im Amt und der gefährlichen Körperverletzung aufhebt, sondern dass ein solcher Irrtum nach den in BGHSt Bd. 2 S. 194 darge-



legten Grundsätzen über den Verbotsirrtum zu behandeln wäre. Mit Rücksicht darauf, dass das Schwurgericht, jedoch die Verteidigung des Angeklagten für widerlegt erachtet und als erwiesen angesehen hat, dass er im Bewusstsein des Unrechtmässigen seines Tuns gehandelt habe, bedarf die Frage hier keiner weiteren Erörterung.

Diese Feststellung des Schwurgerichts greift die Revision zwar an, jedoch mit Erwägungen, die nur auf tatsächlichem Gebiet liegen. Die Überlegungen, mit denen das Schwurgericht seine Überzeugung im einzelnen begründet, enthalten keinen Rechtsfehler. So war es entgegen der Ansicht der Revision rechtlich nicht gehindert, den Umstand, dass der Angeklagte eine abgeschlossene juristische Ausbildung genossen hatte, als Beweisanzeichen für die Überzeugung von der besonderen Fähigkeit des Angeklagten in der Beurteilung von Recht und Unrecht zu verwerten, auch wenn der Abschluss dieser Ausbildung schon in die Zeit der Herrschaft des Nationalsozialismus fiel und im juristischen Schrifttum der damaligen Zeit sich manche Äusserung fand, die sich bemühte, die Vereinbarkeit nationalsozialistischer Bestrebungen mit rechtlichem Denken darzutun. Soweit die Revision geltend macht, das Schwurgericht habe diesen und anderen Umständen bei der Überzeugungsbildung zu geringes Gewicht beigemessen, macht sie keine Rechtsfehler geltend, die der Revision zum Erfolg verhelfen könnten, sondern nur Einwendungen gegen die dem Tatrichter zustehende Würdigung der ermittelten Tatsachen.



360

Dasselbe gilt, soweit sich die Revision gegen die Auffassung des Schwurgerichts wendet, dass sich der Angeklagte zu seiner Entschuldigung nicht auf § 52 StGB berufen könne. Sie greift nur die Feststellung des Urteils an, dass dem Angeklagten oder einem seiner Angehörigen keine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben gedroht hätte, wenn er von der "Ermächtigung" zur Anordnung und zum Vollzug der Prügelstrafe keinen Gebrauch gemacht hätte. Ihre Angriffe bewegen sich ausschliesslich im tatsächlichen Bereich und sind deshalb nicht geeignet, einen dem Gericht unterlaufenen Rechtsfehler darzutun.

Im Widerspruch zu den Urteilsfeststellungen steht auch das Vorbringen der Revision, der Beschwerdeführer habe sich zur Durchführung des Prügelerlasses für kurze Zeit und in wenigen Fällen nur deshalb entschlossen, um auf diese Weise Material gegen die Durchführung der von ihm als entwürdigend empfundenen Prügelstrafe zu gewinnen und dadurch die Möglichkeit zu erlangen, die Durchführung des Erlasses später ganz abzulehnen. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob aus einem Handeln in solcher Absicht für den Angeklagten ein Entschuldigungsgrund oder ein persönlicher Strafausschliessungsgrund hergeleitet werden könnte.

Unbegründet ist die Rüge, das Schwurgericht habe den Begriff der Mittäterschaft nach § 47 StGB und im Zusammenhang damit die Erfordernisse der §§ 340, 223 a StGB verkannt. Wirken mehrere bei der Verwirklichung eines strafbaren Tatbestandes zusammen, so ist nicht nur derjenige Täter oder Mittäter, der eigenhändig den ganzen Tatbestand verwirklicht, sondern jeder, der mit Tätervorsatz eine Bedingung für den Erfolg setzt. Nach den Urteilsfeststellungen übertrug der



Beschwerdeführer dem Mitangeklagten Dr. Lebküchner die Durchführung der "Kurzbehandlung", besprach mit ihm die Durchführung der Prügelstrafe im einzelnen und billigte von vornherein die von Lebküchner im einzelnen Falle verhängte Prügelstrafe. Das Schwurgericht hat die Überzeugung erlangt, dass er sie als seine Tat wollte. Er hat damit im Sinne des § 340 StGB in Ausübung seines Amts als Leiter der Staatspolizeileitstelle vorsätzlich durch seinen Untergebenen Dr. Lebküchner und dessen Handlanger Körperverletzungen begehen lassen. Auch im Hinblick auf § 223 a StGB ist der Begriff der Mittäterschaft nicht verkannt. Durch die Übertragung der "Kurzbehandlung" an seinen Untergebenen hat er eine nicht wegzudenkende Bedingung für den Erfolg gesetzt. Die Auffassung des Schwurgerichts, dass er die Tat Dr. Lebküchners als eigene Tat wollte, ist rechtlich um so weniger zu beanstanden, als er als Leiter der Staatspolizeileitstelle stets in der Lage war, die Durchführung zu unterbinden, also immer die volle Tatherrschaft in seiner Hand lag. Er könnte strafrechtlich nur nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn Dr. Lebküchner über den ihm erteilten Auftrag hinausgegangen wäre und der Beschwerdeführer diese Überschreitung nicht gekannt oder wenigstens nicht mit ihr gerechnet und sie für den Fall des Eintritts nicht gebilligt hätte. Dem Urteil, insbesondere der Feststellung, dass er mit Dr. Lebküchner die Art der Durchführung der Prügelstrafe im einzelnen besprach, ist jedoch zu entnehmen, dass sich dieser im Rahmen des ihm erteilten Auftrages hielt. Das Schwurgericht hat dem Angeklagten daher ohne Rechtsirrtum die Art der Durchführung der Prügelstrafe zugerechnet und angenommen, dass auch er für die Verwirklichung der Merk-



male der das Leben gefährdenden Behandlung und des Gebrauchs gefährlicher Werkzeuge als Mittäter verantwortlich ist.

Da auch die Strafzumessungsgründe entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsfehler erkennen lassen, war diese als unbegründet zu verwerfen.

## II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft.

Das Urteil wird von der Revision der Staatsanwaltschaft nur insoweit angefochten, als die Angeklagten von der Anschuldigung der Beihilfe zum Totschlag in 20 Fällen freigesprochen worden sind. Das Rechtsmittel ist begründet.

Dem Schwurgericht ist darin beizupflichten, dass die "Sonderbehandlung" von Ostarbeitern als rechtswidrige vorsätzliche Tötung zu beurteilen ist. Mit diesem Namen wurde die Hinrichtung von Ostarbeitern durch den Strang bezeichnet, die als Strafe für angeblich von ihnen begangene strafbare Handlungen durch die Gestapo angeordnet und durchgeführt wurde, ohne dass jedoch der Kreis dieser strafbaren Handlungen anders als mit den Worten umschrieben wurde, dass es sich um besonders schwere Fälle handeln solle, und ohne dass der Hinrichtung ein gerichtliches Verfahren vorausging, das den Beschuldigten die Sicherung einer ausreichenden Verteidigung, des rechtlichen Gehörs und des Spruchs eines befehlsunabhängigen Gerichts geboten hätte. Das Verfahren beruhte ebenfalls auf dem Geheimerlass des RSHA vom 5. November 1942. Es bestand darin, dass die örtlichen Staatspolizeistellen die Ermittlungen führten, die Leiter der Staatspolizeileitstellen über das Ergebnis dem RSHA berichteten und in ihnen geeignet scheinenden Fällen die



"Sonderbehandlung" vorschlugen und diese vom RSHA angeordnet und von den örtlichen Stellen vollzogen wurde. Was in diesem Urteil auf die Revision des Angeklagten Schäfer zur Rechtswidrigkeit der "Kurzbehandlung" ausgeführt ist, trifft ohne Einschränkung und in verstärktem Maße auf die "Sonderbehandlung" zu. Es kann deshalb hier darauf verwiesen werden.

Nach den Urteilsfeststellungen schlug der Angeklagte Dr. Lebküchner in mindestens 20 Fällen im abschliessenden Bericht die Sonderbehandlung vor und führte die Hinrichtung, nachdem sie vom RSHA angeordnet worden war, auch in den meisten dieser Fälle durch. Der Angeklagte Schäfer billigte als Leiter der Staatspolizeileitstelle in mindestens 10 dieser Fälle den Bericht und den Vorschlag Dr. Lebküchners, zeichnete ihn und leitete ihn an das RSHA weiter. Ohne Rechtsirrtum hat das Schwurgericht darin ursächliche Tatbeiträge für den rechtswidrig herbeigeführten Tod der Opfer gesehen. Von welchem Willen sich die Angeklagten hierbei leiten liessen, dazu hat das Schwurgericht bisher keine Feststellungen getroffen. Von ihrer Willensrichtung hing aber wesentlich ab, ob sie als Mittäter oder als Gehilfen tätig wurden. Diese Prüfung wurde nicht dadurch entbehrlich, dass das Schwurgericht - wenn auch rechtsirrig, wie noch darzulegen ist - geglaubt hat, die Voraussetzungen des § 52 StGB bejahen zu können. Denn auf die Entscheidung dieser Frage konnte von Einfluss sein, ob die Angeklagten mit Täter- oder Gehilfenvorsatz gehandelt haben. Das Schwurgericht wird dazu deshalb in der neuen Verhandlung klare und erschöpfende Feststellungen treffen müssen.



Obwohl das Urteil, wenn auch ohne nähere und ausreichende Begründung, davon auszugehen scheint, dass sich die Angeklagtender Beihilfe zur rechtswidrigen Tötung schuldig gemacht haben, und die Beihilfe zu einer strafbaren Handlung deren Begehung durch einen Täter voraussetzt, erörtert es nicht näher, wer die rechtswidrigen Tötungen als Täter begangen hat. Nach dem Sachverhalt kamen als Täter diejenigen Personen in Betracht, die den Geheimerlass vom 5. November 1942 verantwortlich gezeichnet haben, sowie alle diejenigen, die im einzelnen Falle im RSHA die "Sonderbehandlung" der Opfer anordneten. Für diese Täter - ebenso für die Angeklagten, falls sie mit Täternvorsatz gehandelt haben - waren auch Darlegungen darüber unerlässlich, ob sie den Tatbestand des § 211 StGB oder denjenigen des § 212 StGB verwirklicht haben. Die Beurteilung der Tat unter dem Gesichtspunkt des § 211 StGB lag nicht von vornherein ausserhalb jeder Möglichkeit. In Betracht kam insbesondere, dass die Täter aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Die Ostarbeiter wurden, darüber lässt die Begründung des Geheimerlasses vom 5. November 1942 keinen Zweifel, im Wege der "Sonderbehandlung" getötet, weil ihnen als rassistisch minderwertigen Untermenschen diejenigen rechtlichen Sicherungen versagt werden sollten, die nach der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung aller zivilisierten Völker um seines Menschenwertes und seiner Menschenwürde willen auch demjenigen gebühren, der eine strafbare Handlung begangen hat oder gar einer solchen nur verdächtig ist. Eine Gesinnung, die in so deutlicher Weise die selbstverständlichen Grundsätze verleugnet, die nach allgemeiner Rechtsüberzeugung das Verhalten der Menschen zueinander zu bestimmen haben, ist in hohem Maße sittlich



verachtenswert und verabscheuungswürdig und muss darum als  
niedrig bezeichnet werden. Wird eine solche Gesinnung zum  
Beweggrund für eine Tötung, dann ist der Beweggrund niedrig  
im Sinne des § 211 StGB. Ist der von den Angeklagten zur  
Tötung der Ostarbeiter geleistete Tatbeitrag nur als Bei-  
hilfe zu beurteilen, war ihnen aber bekannt oder haben sie  
damit gerechnet, dass die Täter aus einem für niedrig zu  
erachtenden Beweggrunde handeln, und wollten sie auch für  
diesen Fall ihren Tatbeitrag, so war ihr Verhalten als Bei-  
hilfe zum Mord, nicht als Beihilfe zum Totschlag zu beur-  
teilen (vgl. BGHSt Bd. 2 S. 368; OGHSt Bd. 1 S. 95, 103).

Das Schwurgericht scheint, ohne dass das Urteil aller-  
dings dazu ausdrückliche Ausführungen enthält, annehmen  
zu wollen, dass die Tatbeiträge der Angeklagten zu den  
mehrfachen Fällen der rechtswidrigen Tötung rechtlich nur  
als eine Handlung anzusehen seien. Gegen eine solche Rechts-  
ansicht beständen durchgreifende Bedenken. Die "Sonderbe-  
handlung" ging zwar in jedem einzelnen Falle auf die im  
Geheimerlass vom 5. November 1942 enthaltenen Anordnungen  
zurück. Dadurch wurden aber die zahlreichen Tötungen, die  
auf der Grundlage dieses Erlasses im einzelnen im Laufe  
der Zeit angeordnet und durchgeführt wurden, noch nicht  
zu einer rechtlichen Einheit zusammengefasst. Es bedurfte  
vielmehr in jedem einzelnen Falle der besonderen Berichter-  
stattung und des Vorschlags durch die örtlichen Gestapo-  
stellen und vor allem der besonderen Entschliessung des-  
jenigen, der im RSHA in jedem einzelnen Falle durch die  
Anordnung der "Sonderbehandlung" erst über Leben oder Tod  
des Opfers entschied. Die Rechtsprechung hat zwar gelegent-  
lich angenommen, dass die gleichfalls auf einen Geheimer-



lass Hitlers zurückgehende Massentötung Geisteskranker während des Krieges rechtlich als eine Handlung beurteilt werden könne (vgl. OGHSt Bd. 1 S. 321, 342). Es kann hier unentschieden bleiben, ob dem zuzustimmen ist, weil es sich bei der Vernichtung der Geisteskranken um ein verbrecherisches Unternehmen handelte, dessen Durchführung zwar eine gewisse Dauer beanspruchte, dessen Opfer aber bereits mit dem Erlass der Anordnungen, die das verbrecherische Unternehmen regelten, im wesentlichen feststanden. Keinesfalls rechtfertigt sich die Annahme einer einheitlichen Tat in den Fällen der "Sonderbehandlung" der Ostarbeiter, bei der der Entscheid über Leben und Tod des einzelnen Opfers von wesentlicher Bedeutung war. Die Vernichtung der einzelnen Menschenleben kann deshalb hier nicht dadurch zu einer rechtlichen Einheit werden, dass sie in jedem einzelnen Falle auf dem Geheimerlass vom 5. November 1942 beruhte (vgl. auch BGHSt Bd. 1 S. 219, 221).

Zur inneren Tatseite hat das Schwurgericht - mit rechtlich bedenkenfreier Begründung im einzelnen - für erwiesen erachtet, dass die Angeklagten die Rechtswidrigkeit der Tötungen erkannt hatten und sich des Unrechts ihrer Handlungsweise bewusst waren. Dieser Feststellung hätte es im übrigen nicht notwendig bedurft, weil aus den zur Revision des Angeklagten Schäfer bei der "Kurzbehandlung" erörterten Gründen ein Irrtum der Angeklagten über die rechtfertigende Kraft des Geheimerlasses ein Verbotsirrtum gewesen wäre und es deshalb genügen würde, wenn sie bei gehöriger Anspannung des Gewissens das Bewusstsein, Unrecht zu tun, hätten haben können.



Obwohl das Schwurgericht die Merkmale der Beihilfe zur rechtswidrigen Tötung zur äusseren wie zur inneren Tatseite bejaht hat, hat es die Angeklagten dennoch freigesprochen. Zur Begründung hat es angeführt, dass die Angeklagten im Nötigungsstand des § 52 StGB gehandelt hätten. Mit Recht macht die Revision geltend, dass die Feststellungen die Anwendung des § 52 nicht zu tragen vermögen.

Der Rechtsfehler liegt allerdings nicht darin, dass in einem Falle, in dem der Angeklagte wie hier eine strafbare Handlung auf dienstliche Weisung seines Vorgesetzten begangen, also auf Befehl eines Vorgesetzten gehandelt hat, die Anwendung des § 52 StGB grundsätzlich ausgeschlossen wäre. Auch durch Art. 2 Abs. 2 des bayer. Gesetzes Nr. 22 zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten, der den Befehl des Vorgesetzten nicht als Strafbefreiungsgrund, sondern nur als Strafmilderungsgrund anerkennt, wird nur ausgesprochen, dass der Befehl als solcher nicht strafbefreiend wirkt, jedoch nicht bestimmt, dass § 52 StGB unanwendbar bleiben solle, wenn durch den Befehl eine Notstandslage im Sinne des § 52 StGB entsteht. Die genannte Vorschrift des Gesetzes Nr. 22 entspricht, wenn auch ihre Fassung auf Art. II 4 b KRG 10 zurückgehen mag, einem Grundsatz, der im deutschen Strafrecht für Militärpersonen und Beamte seit langem gegolten hat (§ 47 MStGB; § 7 DBG vom 26. Januar 1936) und auch zur Zeit der Tat galt. Auch nach diesen Vorschriften war nicht ausgeschlossen, dass auf die Handlung eines Untergebenen, der sich durch die Ausführung eines ihm erteilten rechtswidrigen Befehls strafbar gemacht hatte, § 52 StGB angewendet wurde, wenn durch den Befehl für ihn eine Zwangslage im Sinne des § 52 StGB entstanden



war. Wollte man Art. 2 Abs. 2 des bayerischen Gesetzes Nr. 22 dahin verstehen, dass diese Vorschrift auch die Anwendung des § 52 StGB hindern sollte, wenn durch den Befehl eine Zwangslage im Sinne des § 52 entstand, so wäre damit nachträglich und rückwirkend ein Verhalten für strafbar erklärt worden, das bis dahin nicht strafbar war. Ganz abgesehen von den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Geltung einer solchen Vorschrift fehlt es an jedem Anhalt, dass der Gesetzgeber einen solchen Sinn mit Art. 2 Abs. 2 verbunden wissen wollte.

War danach auch die Anwendung des § 52 StGB an sich möglich, so hat das Schwurgericht doch, wie das Urteil erkennen lässt, seinen Sinn und seine Tragweite verkannt. Es führt aus, die Angeklagten seien hinsichtlich der Sonderbehandlung als Beamte der Staatspolizeileitstelle weisungsgebunden gewesen. Der Nationalsozialismus habe, vor allem in den Jahren von 1943 bis Kriegsende, nicht nur gegen politische Gegner und sogen. Staatsfeinde, sondern auch gegen die eigenen Mitarbeiter und Anhänger, die staatliche Anordnungen sabotiert hätten, mit den äussersten Terrormassnahmen gewütet. Wenn die Angeklagten ihre Mitwirkung bei der geforderten "Sonderbehandlung" versagt hätten, hätte ihnen die Einweisung in ein Konzentrationslager und als Angehörigen der SS nach den damaligen Kriegsgesetzen die Todesstrafe gedroht. Diese Gefahr sei in anderer Weise als durch Befolgung der ihnen erteilten dienstlichen Weisungen nicht abwendbar gewesen, mindestens sei ihnen kein Vorwurf daraus zu machen, dass sie dieses Glaubens gewesen seien. Diese Feststellungen reichen für die Anwendung des § 52 StGB nicht aus. Wer eine ihm angesonnene



Handlung ausführt, braucht sie, auch wenn ihm für den Fall der Nichtausführung Leibes- oder Lebensgefahr droht, keineswegs deswegen auszuführen, um dieser Gefahr zu entgehen. Es können für ihn auch ganz andere Gründe bestimmend sein als das Bestreben, der Gefahr auszuweichen. Dann ist aber § 52 StGB nicht anwendbar. Dazu gehört vielmehr, dass dem Täter die Handlung durch die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben abgenötigt wird, dass also sein Wille durch diese Drohung gebeugt wird (OGHSt Bd. 1 S. 310, 313). Das ist vom Schwurgericht verkannt worden. Es hat sich, ohne zu erörtern, weshalb sich die Angeklagten bereitfanden, bei der "Sonderbehandlung" von Ostarbeitern mitzuwirken, mit der Feststellung begnügt, dass ihnen bei Verweigerung der Mitwirkung die Verbringung in ein Konzentrationslager oder ein Todesurteil gedroht hätte und sie sich darüber auch keiner Täuschung hingeeben hätten. Es ist nicht der Sinn des § 52 StGB, dass sich alle diejenigen, die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus Jahre hindurch bereitwillig dem Verbrechen und dem Terror - zum Teil wie die Angeklagten in einflussreicher und leitender Stellung - gedient haben, der Verantwortung durch den bloßen Hinweis sollen entziehen können, sie hätten für Leib oder Leben fürchten müssen, wenn sie ihre weitere Mitwirkung bei verbrecherischen Handlungen versagt hätten.

Das Schwurgericht wird also, da die bisherigen Feststellungen die Freisprechung der Angeklagten nicht zu tragen vermögen und das Urteil deshalb aufgehoben werden muss, in der neuen Verhandlung näher aufklären müssen, aus welchem Grunde sich die Angeklagten zur Mitwirkung bei der "Sonderbehandlung" von Ostarbeitern bereitfanden. Nur wenn



sich ergibt, dass es geschah, um einer ihnen sonst drohenden gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben zu entgehen, kommt die Anwendung des § 52 StGB in Betracht. Schon die bisherigen Feststellungen enthalten zahlreiche Beweisanzeichen dafür, dass die Angeklagten sich möglicherweise aus anderen Gründen zur Mitwirkung bereitfanden als aus dem Grunde, dass durch einer ihnen drohenden Gefahr für Leib oder Leben auszuweichen. Beide gehörten seit langer Zeit auf Grund eines freiwilligen Entschlusses der Gestapo an, der Angeklagte Schäfer seit 1935, der Angeklagte Dr. Lebküchner schon seit 1933. Für die Beurteilung der Frage nach den Gründen ihres Verhaltens, die vom Schwurgericht bisher nicht gestellt und deshalb auch nicht beantwortet worden ist, wird von Bedeutung sein können, dass an die Angeklagten nicht erst mit dem Geheimerlass vom 5. November 1942 das Ansinnen zu rechtswidrigem Verhalten gestellt worden ist, wie das Schwurgericht im Widerspruch zur allgemeinen Erfahrung anzunehmen scheint. Die Gestapo war schon Jahre lang vorher vom nationalsozialistischen Staat zu einem allgemein gefürchteten Werkzeug der Unterdrückung und der Willkür entwickelt worden. Es fehlt an jedem Anzeichen dafür, dass den Angeklagten, die schon frühzeitig einflussreiche und leitende Stellen innerhalb der Staatspolizei bekleidet haben, diese Umstände verborgen geblieben sind. Es taucht deshalb die Frage auf, weshalb sie, wenn es ihnen schon, wie das Schwurgericht annimmt, unter den Kriegsverhältnissen des Jahres 1943 ohne Gefahr für Leib oder Leben nicht möglich gewesen sein sollte, aus der Gestapo auszuschneiden, diesen Schritt nicht schon zu einer Zeit getan haben, in der er möglicherweise ohne jede Gefahr noch geschehen konnte. Der Umstand, dass sie



Karlsruhe, den 28. NOV. 1952

16. - 17. 3. 1952

- 21 -

seit ihrem Eintritt in die Gestapo in rascher Folge in immer bedeutendere und einflussreichere Stellen berufen wurden, spricht gleichfalls nicht dafür, dass sie während dieser ganzen Zeit nur gezwungene, widerwillige Mitarbeiter gewesen seien. Sie haben sich schliesslich, wie das Schwurgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, zur Mitwirkung bei der "Kurzbehandlung" freiwillig entschlossen. Dabei hat sich der Angeklagte Dr. Lebküchner nach den Urteilsfeststellungen durch besonderen Dienstleister und besondere Brutalität ausgezeichnet. Welches Gewicht alle diese Umstände bei der Entscheidung der bisher unerörtert gebliebenen Frage nach den Gründen ihres Verhaltens zukommt, wird das Schwurgericht in der neuen Verhandlung zu prüfen haben.

Die Entscheidung entspricht dem Antrage des Oberbundesanwalts.

Richter

Dr. Peetz

Mantel

Dr. Geier

Glanzmann

Ausgefertigt

Karlsruhe, den 28. Nov 1952

*K. H. H. H.*  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

An  
den HERRN OBERBUNDESANWALT  
mit

4 Ausfertigungen,

26 Abschriften,

3 Bd. Akten,

21. Abschriften

*Wir sind. Bisher 25. Landesgericht  
für ein mal. Bisher 25. Landesgericht  
für Angeklagten waren im Landgericht  
Landesgericht in der Verhandlung.*



Wir dank. Allen das Gedenken an die  
 gute Zeit und hoffen auf ein Wiedersehen  
 für Angestellte werden sie bald  
 freudig begrüßen und einen guten Tag.