LANDESARCHIV BERLIN

B Rep. 057-01

Acc.

HA ESta Hölzes zur NSG-Rechtsprechung

Landesarchiv Berlin
B Rep. 057-01
Nr.: 355

Nr. 355

EHA Hilzheim

Handex.

Staatsanwaltschaft
b. d. Kammergericht - Berlin
Eing. am - 5. MAI 1970
(9)
mit - Anl. - Blatts. - Bd. Akten

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
} nur zu B II

StPO § 229

Zu der Frage, wann bei Überschreitung der für die Unterbrechung der Hauptverhandlung nach § 229 StPO zulässigen Frist ausgeschlossen werden kann, daß das Urteil hierauf beruht (im Anschluß an BGH NJW 1952, 1149).

BGH, Urt. v. 5. Februar 1970 - 4 StR 272/68 -
SchwG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

4 StR 272/68

URTEIL v. 5. Februar 1970

in der Strafsache

gegen

1. den Prokuristen Dr. jur. Wilhelm A l t e n l o h aus Hagen, dort geboren am 25. Juni 1908,

2. den kaufmännischen Angestellten Heinz E r r e l i s aus Bochum, geboren am 11. März 1912 in Zwangshof, Kreis Konitz/Westpr.,

wegen gemeinschaftlicher Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Hauptverhandlung vom 27. Januar 1970 in der Sitzung vom 5. Februar 1970, an denen teilgenommen haben:

Senatspräsident Meyer
als Vorsitzender,

Bundesrichter Börtzler
Bundesrichter Dr. Sanders
Bundesrichter Dr. Dr. Spiegel
Bundesrichter Hürxthal
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt Schumacher in der Verhandlung,
Bundesanwalt Herlan bei der Verkündung des Urteils
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Dr. Friebertshäuser, Hagen,
als Verteidiger für den Angeklagten
Dr. Altenloh,

Rechtsanwalt Dr. Riedenklau, Bielefeld, in der Verhandlung,
als Verteidiger für den Angeklagten
Errelis,

Justizangestellter Zink in der Verhandlung,
Justizhauptsekretär Schneider bei der Verkündung
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Bielefeld vom 14. April 1967 werden verworfen.

Jeder Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat den Angeklagten Dr. Altenloh wegen gemeinschaftlicher Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord in zwei Fällen (nämlich 1. an mindestens 6 500 Menschen aus dem Getto Bialystok und tateinheitlich damit an mindestens 3 500 Menschen aus dem Getto I in Grodno - Räumungen im Februar 1943 - sowie 2. an mindestens 100 Menschen im Getto Bialystok zur selben Zeit) und den Angeklagten Errelis ebenfalls wegen gemeinschaftlicher Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord in zwei Fällen (nämlich 1. an mindestens 3 500 Menschen aus dem Getto I in Grodno - Räumung im Februar 1943 - und 2. an mindestens 15 000 Menschen aus dem Getto Bialystok - Räumung im August 1943 -) verurteilt, und zwar Dr. Altenloh zu acht Jahren, Errelis zu sechs Jahren und sechs Monaten Zuchthaus. Es hat beiden Angeklagten die Untersuchungshaft angerechnet und ihnen die bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von je fünf Jahren aberkannt.

Das Schwurgericht hat in allen Fällen angenommen, daß die Täter, nämlich die befehlsgebende nationalsozialistische Führungsspitze und Angehörige des Reichssicherheitshauptamts, sich von niedrigen Beweggründen leiten ließen. Dagegen hat es nicht feststellen können, daß die Angeklagten ebenfalls aus niedrigen Beweggründen handelten.

Die Revisionen der Angeklagten beanstanden das Verfahren und rügen die Verletzung des sachlichen Rechts. Ihnen bleibt der Erfolg versagt.

A. Verfahrensvoraussetzungen

Die Strafverfolgung ist nicht verjährt. Das ergibt sich aus den Erörterungen zur Sachrüge.

B. Die Verfahrensrügen

Die von dem Angeklagten Errelis unter I 1 - 6 seiner Revisionsbegründung erhobenen Verfahrensrügen decken sich mit den Verfahrensrügen der Revisionsbegründung des Angeklagten Dr. Altenloh zu I, II, VI, VIII, V und IV. Die Rügen werden daher zusammen behandelt. Bemerkt werden muß dabei, daß die Rügen, die in Bezug auf die Vernehmung der Zeugen Hübscher und Novak geltend gemacht werden, von der Revision Dr. Altenloh's nur insoweit zulässig erhoben werden können, als sie sich auf den Zeugen Novak beziehen; denn allein dessen Aussage betrifft Dr. Altenloh. Umgekehrt kann der Angeklagte Errelis nur Verfahrensverstöße hinsichtlich der Vernehmung des Zeugen Hübscher rügen, da nur dieser für das Verfahren gegen ihn von Bedeutung war.

I. Die Rüge, das Schwurgericht sei nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen, weil der Geschworene Giese wegen einer Erkrankung (Verdacht auf Herzinfarkt) während der Hauptverhandlungstage vom 9. März 1967 ab nicht verhandlungsfähig und während der Schlußberatungen nicht beratungsfähig gewesen sei, greift nicht durch.

Die Verhandlung war mit Rücksicht auf die Erkrankung des Geschworenen Giese erst am 9. März 1967 und danach am 16. und am 25. März sowie am 3. April 1967 fortgesetzt worden. Für den 9. und 16. März hat der Oberarzt Dr. Bleiching (dieser ist Oberarzt des Herzspezialisten

Prof. Dr. Seckforth vom Kreis- und Stadtkrankenhaus Minden), der an den Verhandlungen teilgenommen hat, eine zeitlich begrenzte volle Verhandlungsfähigkeit des Geschworenen ausdrücklich bestätigt. Für die folgenden Verhandlungstage und für die Beratungen liegt eine ärztliche Erklärung nicht vor. Das Schwurgericht hat eine solche angesichts des erkennbar gebesserten Zustandes des Giese nicht mehr für erforderlich gehalten, zumal da die weiteren Verhandlungen und die Beratungen im Krankenhaus in Minden stattfanden, in dem sich Giese unter ständiger ärztlicher Überwachung befand, den Ärzten also seine Teilnahme daran bekannt war.

Ein Richter ist verhandlungsfähig, wenn er die Vorgänge in der Hauptverhandlung wahrnehmen kann (BGHSt 4, 191, 192). Er darf nicht nur körperlich anwesend sein, sondern muß auch in der Lage sein, diejenigen Aufgaben zu erfüllen, zu deren Wahrnehmung er verfahrensrechtlich berufen ist (BGHSt 18, 51, 55). Für die Beratungsfähigkeit gilt Entsprechendes. Bei der gegebenen Sachlage fehlt es aber an konkreten Anhaltspunkten dafür, daß das Schwurgericht zu Unrecht davon ausgegangen ist, Giese könne seine Pflichten als Geschworener voll und ganz erfüllen. Auch die Revisionen teilen solche Anhaltspunkte nicht mit.

II. Die am 17. Februar 1967 unterbrochene Hauptverhandlung ist wegen der Erkrankung des Geschworenen Giese nicht, wie vorgesehen, am 27. Februar 1967, sondern erst am 9. März 1967 fortgesetzt worden. Auf dem hierin liegenden Verstoß gegen § 229 StPO kann das Urteil jedoch nicht beruhen.

Die Überschreitung der Frist von zehn Tagen ist kein

unbedingter Revisionsgrund (RGSt 37, 365; 53, 334; 57, 266; 62, 264; 69, 18). Allerdings wird das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß nur in Ausnahmefällen verneint werden können (BGH NJW 1952, 1149). Es liegt ähnlich wie bei einem Verstoß gegen § 258 Abs. 3 StPO (BGHSt 22, 278).

Um einen solchen Ausnahmefall handelt es sich hier. Die Verhandlung gegen die Angeklagten hatte im Zeitpunkt der Erkrankung des Geschworenen fast ein Jahr lang gedauert. Die Beweisaufnahme war abgeschlossen, der Vertreter der Anklage und die Verteidiger hatten ihre Schlußvorträge gehalten. Es standen nur noch die letzten Worte der Angeklagten aus.

Die Länge der Verhandlung und die Tatsache, daß das Schwurgericht sich fast ein Jahr lang ausschließlich mit dem Stoff dieses Strafverfahrens befaßt hatte, hatten zwangsläufig zu einer Verdichtung und Intensivierung des Eindrucks von den Vorgängen in der Hauptverhandlung auf die beteiligten Berufs- und Laienrichter geführt; dieser Eindruck konnte nicht davon berührt werden, ob die unterbrochene Hauptverhandlung innerhalb der Frist des § 229 StPO fortgesetzt wurde oder eine Reihe von Tagen später. Zur Stützung des Gedächtnisses der beteiligten Richter waren im übrigen sämtliche Einlassungen der Angeklagten, die Aussagen der Zeugen und die gutachtlichen Äußerungen der Sachverständigen, soweit sie nicht ohnehin schriftlich vorlagen, auf Tonband aufgenommen worden. Daß die Tonbänder später bei der Beratung nicht abgespielt worden sind, ist höchstens ein Anzeichen dafür, daß das Gedächtnis der Richter keiner Stütze bedurfte. Die Verteidiger hatten ihre Schlußvorträge schriftlich zu den

Akten gegeben. Die längere Unterbrechung der Hauptverhandlung hat die Angeklagten nicht daran gehindert, in ihren Schlußworten auf die ihnen wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte hinzuweisen. Unter diesen Umständen läßt sich mit Bestimmtheit ausschließen, daß durch die Überschreitung der Frist des § 229 StPO der Eindruck von der mündlichen Verhandlung abgeschwächt und die Zuverlässigkeit der Erinnerung an die Vorgänge in der Hauptverhandlung beeinträchtigt wurden.

III. Die infolge der Erkrankung des Geschworenen Giese notwendige mehrfache Unterbrechung der Hauptverhandlung hat dieser auch nicht den Charakter einer Hauptverhandlung im Sinne des Verfahrensrechts genommen.

Die Fortsetzung der Verhandlung mußte allerdings jeweils eine Sachverhandlung sein (RGSt 62, 263; BGH NJW 1952, 1149). Das war hier jedoch stets der Fall. Daß mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand des Geschworenen Giese an einzelnen Verhandlungstagen nur kurz verhandelt werden konnte, ändert daran nichts, da jedenfalls zur Sache verhandelt worden ist. Ebensowenig ist es von Bedeutung, daß das Schwurgericht mehrere Unterbrechungen der Verhandlung vornahm, nachdem in einzelnen Terminen nur kurz verhandelt worden war (RGSt 60, 163). Eine solche mehrfache Unterbrechung der Hauptverhandlung soll zwar nach dem Sinn des Strafverfahrensrechts möglichst vermieden werden; sie ist aber nicht schlechthin unzulässig, wenn sie sich durch besondere Umstände als unumgänglich notwendig erweist. Solche besonderen Umstände lagen hier wegen der Erkrankung des Geschworenen Giese vor.

IV. Die von der Revision des Angeklagten Dr. Altenloh unter IV und der des Angeklagten Errelis unter I 6 erhobene Rüge haben die Verteidiger in der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht am 27. Januar 1970 zurückgenommen.

V. Unbegründet ist auch die Rüge, ein gesetzlich berufener Hilfsgeschworener sei zu Unrecht von der Dienstleistung entbunden worden, so daß das Schwurgericht nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen sei (§ 338 Nr. 1 StPO in Verbindung mit §§ 49, 54, 77, 84 GVG).

Der Hilfsgeschworene Kohlmann hatte um Befreiung von der Schwurgerichtstagung gebeten, weil eine seiner Töchter am 25. März heirate und anschließend nach auswärts verziehe. Er müsse alles für die Hochzeit und den neuen Hausstand Erforderliche vorbereiten; seine Frau sei wegen ihres schlechten Gesundheitszustandes dazu nicht in der Lage. Darauf hat der Vorsitzende des Schwurgerichts den Hilfsgeschworenen von der Teilnahme an der Tagung befreit.

Hierin liegt kein Verfahrensfehler. Insbesondere hat der Vorsitzende des Schwurgerichts den Begriff der Verhinderung nicht verkannt (vgl. BGH JZ 1956, 406). Der Prozeß begann am 23. März 1966. Als nächste Verhandlungstage waren der 25. und der 28. März vorgesehen. Die Rechtsprechung stellt allerdings mit Recht strenge Anforderungen an den Begriff der Verhinderung. Danach können sogar berufliche Gründe nur ausnahmsweise, nämlich bei drohendem erheblichen Schaden, als ausreichender Verhinderungsgrund anerkannt werden (BGH NJW 1967, 165). Deshalb kann zweifelhaft sein, ob der Hilfsgeschworene Kohlmann bereits am 23. März 1966 verhindert war. Jeden-

falls aber konnte er für den 2. Sitzungstag, den 25. März 1966, als verhindert angesehen werden, weil an diesem Tage die Hochzeit seiner Tochter stattfand. Der Vorsitzende des Schwurgerichts war nicht genötigt, noch in eine Prüfung des Umfangs und der Einzelheiten der für diesen Tag vorgesehenen Hochzeitsfeierlichkeiten einzutreten.

Zu einer Verlegung des 2. Verhandlungstages vom 25. März auf einen anderen Tag war er nicht verpflichtet. Der Begriff der Verhinderung bezieht sich auf den Sitzungstag - oder einen der Sitzungstage -, für den der Schöffe oder Geschworene geladen ist. Ein großer Strafprozeß, der voraussichtlich eine Reihe von Monaten dauern wird, muß schon zu Beginn genau geplant werden. Es müssen nicht nur die Sitzungstage festgelegt, sondern auch die Sitzungsräumlichkeiten bereitgestellt werden. Die Verteidiger müssen sich rechtzeitig darauf einstellen können, an welchen Tagen der Prozeß sie voraussichtlich in Anspruch nimmt. Die Laienbeisitzer müssen ihre privaten und geschäftlichen Angelegenheiten so einrichten, daß sie dadurch nicht in ihrer richterlichen Tätigkeit behindert werden. Würde der Vorsitzende den Versuch machen, mit Rücksicht auf einen an einem Sitzungstag verhinderten Geschworenen einen anderen Sitzungstag zu wählen, so müßte er mit Schwierigkeiten seitens der Verteidiger oder anderer Laienrichter rechnen, die sich gerade auf die ihnen bekanntgegebenen Sitzungstage eingestellt und sich für die bislang sitzungsfreien Tage möglicherweise wichtige private oder geschäftliche Dinge vorgenommen haben. Dem Vorsitzenden könnte dann bereits zu Beginn eines großen und schwierigen Prozesses der Terminsplan durcheinander-

gebracht werden. Darauf braucht er sich nicht einzulassen. Er kann sich auf die Prüfung beschränken, ob der Schöffe oder Geschworene, der um Befreiung bittet, an dem vorgesehenen Sitzungstag oder an einem der vorgesehenen Sitzungstage verhindert ist, und braucht sich nicht zu überlegen, ob er durch eine Verlegung von Sitzungstagen die Teilnahme eines bestimmten Laienrichters möglich machen kann.

VI. Das Schwurgericht hatte durch Beschluß vom 15. August 1966 die Vernehmung der Zeugen Hübscher und Novak durch einen ersuchten Richter in Österreich beschlossen. Hübscher hatte erklärt, er werde nicht vor einem deutschen Gericht aussagen; Novak befand sich in Wien in Haft. Die Vernehmung der Zeugen wurde entsprechend dem österreichischen Recht durchgeführt, das eine Anwesenheit der Verteidiger - ebenso wie des Staatsanwalts und der Angeklagten selbst - bei der Vernehmung ausschließt. Das Schwurgericht hat durch Beschlüsse vom 11. und 23. November 1966 die Verlesung der Niederschriften über die Vernehmung der Zeugen beschlossen. Die Beschlüsse wurden durchgeführt.

Die Vernehmung der Zeugen entsprach den Vorschriften des österreichischen Rechts. Deshalb war die Verlesung der über ihre Vernehmung aufgenommenen Niederschriften entgegen der Meinung der Revision zulässig (RGSt 46, 50, 53; BGHSt 7, 15, 16). Dadurch, daß die Verteidiger der Angeklagten keine Gelegenheit hatten, der Vernehmung beizuwohnen und Fragen zu stellen, wurden die Vernehmungsniederschriften nicht zu einem unzulässigen oder völlig ungeeigneten Beweismittel. Das Schwurgericht hatte in freier Beweiswürdigung (§ 261 StPO) den Inhalt der Vernehmungsniederschriften zu

werten; dabei hatte es auch zu berücksichtigen, daß die Verteidiger keine Gelegenheit zu Fragen gehabt hatten. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß das Schwurgericht diese Rechtslage verkannt hat.

VII. Die Revision des Angeklagten Dr. Altenloh rügt weiter, vor der Verlesung der Niederschriften über die Vernehmung der Zeugen Hübscher und Novak sei nicht ausdrücklich festgestellt worden, daß die Voraussetzungen der Verlesung noch bestünden (§ 251 Abs. 4 StPO; vgl. BGHSt 1, 103). Allerdings äußern sich die Beschlüsse, durch die das Schwurgericht die Verlesung der Niederschriften über die Vernehmung der Zeugen Hübscher und Novak angeordnet hat, nicht ausdrücklich über das Fortbestehen der Gründe, die zur Vernehmung durch den ersuchten österreichischen Richter geführt haben. Diese waren jedoch allen Prozeßbeteiligten bekannt. Das Urteil kann daher nicht darauf beruhen, daß die Beschlüsse den Grund der Verlesung nicht ausdrücklich angeben (RG JW 1929, 1045 Nr. 53; ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. 1 StR 423/66 vom 8. November 1966 mit weiteren Nachweisen).

VIII. Die Verteidiger hatten zwei Beweisanträge auf Vernehmung des Beisitzers des Schwurgerichts, Landgerichtsrat Hoppe, gestellt, der der Vernehmung der Zeugen Hübscher und Novak in Österreich "als Prozeßbeobachter" beigewohnt hatte. Dadurch sollte einmal bewiesen werden, daß den Zeugen Hübscher und Novak bei ihrer Vernehmung bestimmte Fragen nicht gestellt und bestimmte Vorhalte nicht gemacht worden seien, und zum anderen, daß sie einen unglaubwürdigen Eindruck gemacht hätten.

Das Schwurgericht hat die Anträge, soweit sie sich auf das Unterlassen bestimmter Fragen und Vorhalte bezogen, mit der Begründung abgelehnt, dies sei "für die Entscheidung ohne Bedeutung"; das Schwurgericht habe ohnehin davon auszugehen, daß alle Fragen und Vorhalte unterblieben seien, die nicht aus dem Protokoll hervorgingen. Es kann offen bleiben, ob diese Begründung dem Gesetz entsprach. Das Schwurgericht ist nämlich davon ausgegangen, daß die in den Beweisanträgen aufgeführten Fragen nicht gestellt und Vorhalte nicht gemacht worden seien. Das Urteil kann also auf einer insoweit etwa fehlerhaften Ablehnung der Beweisanträge nicht beruhen.

Was den Eindruck der Unglaubwürdigkeit angeht, so bezog sich der Beweisantrag nicht auf eine Tatsache, sondern auf ein reines Werturteil. Damit handelte es sich in Wirklichkeit nicht um einen Beweisantrag, sondern allenfalls um einen Beweisermittlungsantrag, dem stattzugeben sich dem Schwurgericht nicht aufzudrängen brauchte.

IX. Das Schwurgericht durfte, wie unter VII erörtert ist, davon ausgehen, daß die Hinderungsgründe für die Zeugen Hübscher und Novak, vor dem erkennenden Gericht zu erscheinen, noch vorlagen. Darum war es auch nicht gedrängt, noch einmal den Versuch zu machen, die Zeugen zum Erscheinen zu veranlassen. Angesichts der eindeutigen Weigerung Hübschers und der Haft Novaks ist nicht zu erkennen, warum das Schwurgericht sich zu einem solchen Versuch hätte veranlaßt sehen sollen; es durfte ihn als von vornherein aussichtslos ansehen (vgl. BGH 3 StR 629/53 vom 24.6.1954 und 5 StR 633/54 vom 22. Februar 1955).

X. Im Falle der Erschießung der mindestens einhundert Vergeltungsopfer war das Schwurgericht nicht gedrängt, noch einen Sachverständigen über geschichtliche und völkerrechtliche Fragen zu hören. Es handelte sich hier nicht um eine Geiselaktion im Sinne des Völkerrechts, nämlich um eine Repressalie für von der Gegenseite begangenes Unrecht, sondern um eine reine Rachemaßnahme für den rechtmäßigen Widerstand eines der jüdischen Opfer.

Dasselbe gilt für die Fragen des Befehlsnotstandes und des Putativnotstandes; die Feststellungen ergeben die Überzeugung des Schwurgerichts, daß der Angeklagte nicht durch eine ihm drohende Gefahr zu seinem Verhalten bestimmt worden ist.

C. Die Sachrüge

I. Sachlichrechtlich bestehen keine Bedenken gegen die Annahme des Schwurgerichts, jeder der beiden Angeklagten habe in zwei Fällen Beihilfe zum Mord, begangen aus niedrigen Beweggründen, geleistet.

1. Die schriftlichen Ausführungen der Revision des Angeklagten Dr. Altenloh erschöpfen sich im wesentlichen in Angriffen gegen die Feststellungen des Schwurgerichts, die dieses widerspruchsfrei und lückenlos getroffen hat, und gegen die Beweiswürdigung, in der Rechtsfehler, insbesondere Verstöße gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze sowie den Satz "im Zweifel für den Angeklagten", nicht zu erkennen sind. Das Schwurgericht hat keine in Betracht kommende Möglichkeit übersehen. Auch sind die Ausführungen des Urteils zur Beweiswürdigung angesichts der gesamten Sachlage ausreichend.

Soweit die Urteilsgründe auf bestimmte Schriftstücke Bezug nehmen, enthalten sie keine unzulässige Verweisung; die Schriftstücke werden vielmehr jeweils als Beweismittel für bestimmte im Urteil festgestellte Tatsachen angeführt. Eine Auseinandersetzung mit ihnen im einzelnen schreibt das Gesetz nicht vor.

Die Rechtsausführungen des Schwurgerichts geben ebenfalls zu Bedenken keinen Anlaß. Das gilt vor allem auch, soweit das Schwurgericht die Kenntnis der Angeklagten von dem verbrecherischen Zweck der Tötungsbefehle bejaht und die Voraussetzungen des Notstandes verneint hat. An die Kenntnis im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 2 MStGB stellt die Revision zu hohe Anforderungen. Ihre Ausführungen zur Frage des Notstandes werden dem festgestellten Sachverhalt nicht gerecht; danach ist dem Angeklagten seine Mitwirkung nicht abgenötigt worden. Die geschichtlichen und politischen Hintergründe der Taten hat das Schwurgericht berücksichtigt; das ergibt sich aus den Erörterungen zur Strafzumessung.

2. Auch die schriftliche Revisionsbegründung des Angeklagten Errelis greift in Wahrheit nur die einwandfrei getroffenen Feststellungen und die Beweiswürdigung des Schwurgerichts an, die frei von Rechtsfehlern ist. Insbesondere liegen die von der Revision dieses Angeklagten behaupteten Widersprüche in den Feststellungen nicht vor.

Das Schwurgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, daß der Angeklagte Errelis im Falle der Räumung des Gettos Bialystok im August 1943 Beihilfe zu der ganzen und nicht nur zu einem Teil der Tat geleistet hat.

II. Kämen nun allerdings als Mordmerkmale nur niedrige Beweggründe in Betracht, so stünde der Senat vor der Frage, ob er sich der Entscheidung des 5. Strafsenats vom 20. Mai 1969 (BGHSt 22, 375) anschließen soll oder nicht. In diesem Urteil hat der 5. Strafsenat entschieden, daß die Beihilfe zu einem Tötungsverbrechen, das allein wegen niedriger Beweggründe des Täters Mord ist, angesichts der Neufassung des § 50 Abs. 2 StGB durch Art. 1 des EGOWiG vom 24. Mai 1968 (BGBl I 503) nach 15 Jahren verjährt, wenn der Gehilfe nicht ebenfalls aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat. Da hier die Verjährung zumindest in drei, wenn nicht sogar in allen vier Fällen nicht vor Ablauf von 15 Jahren unterbrochen worden ist, müßte der erkennende Senat entweder bei seiner Entscheidung von dieser Auffassung ausgehen oder den Großen Senat für Strafsachen anrufen (§ 136 Abs. 1 GVG).

Der vom Schwurgericht festgestellte Sachverhalt ergibt jedoch eindeutig, daß es sich in allen Fällen, in denen die Angeklagten verurteilt worden sind, auch um grausame Tötungen im Sinne des § 211 StGB handelt.

Grausam tötet, wer seinem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besondere Schmerzen oder Qualen zufügt (BGHSt 3, 180 und 264). Der Annahme der Grausamkeit steht es nicht entgegen, wenn der eigentliche Tötungsakt rasch vollzogen wird, ohne daß dabei dem Opfer besondere körperliche Leiden zugefügt werden. Die Grausamkeit braucht nicht in der Ausführungshandlung im engeren Sinn und den durch sie verursachten körperlichen Leiden zu liegen. Sie kann sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen die Tötung eingeleitet und vollzogen wird (BGH NJW 1951, 666).

Daß die deportierten Juden grausam getötet wurden, folgt sowohl aus den festgestellten unmenschlichen Begleitumständen der sogenannten Räumungsaktionen als auch aus den seelischen Qualen, welche die Opfer deshalb erlitten, weil sie sich über ihr Schicksal von Beginn der Aktionen an im klaren waren.

Bei Beginn der Vernichtungsaktionen wurden sie mit unmenschlicher Härte und Grausamkeit zusammengetrieben; dabei kam es schon zu einer größeren Zahl willkürlicher Tötungen (vgl. etwa für die Februar-Aktion Bialystok UA 90 ff, besonders 94, für die Februar-Aktion Grodno UA 282 ff, für die August-Aktion Bialystok UA 302 ff, besonders UA 303, 304, 305, 307). Auf den Transporten in die Vernichtungslager wurden die Opfer in der menschenunwürdigsten Weise in den Waggons zusammengepfercht und dabei ohne ausreichende Verpflegung und sonstige Hilfsmittel gelassen (UA 16, 73, 205, 265). In den ungeheizten Waggons waren sie bei den Februar-Aktionen Bialystok und Grodno dem Erfrierungstod ausgesetzt (UA 205). Den so in der unbarmherzigsten Weise zusammengetriebenen und abtransportierten Juden war bekannt, daß sie dem Tode entgegengeführt wurden (für die Februar-Aktion Bialystok UA 176 ff; für die Februar-Aktion Grodno UA 287 ff; bei der August-Aktion Bialystok war eine solche Kenntnis notwendig ebenso vorhanden wie im Februar 1943 - sie ergibt sich im übrigen auch eindeutig aus dem Verhalten der Juden bei der Räumung des Gettos - UA 302 ff).

Alle diese Umstände waren den Angeklagten bekannt.

Dr. Altenloh wußte, daß beim Zusammentreiben der abzutransportierenden Juden während der Februar-Aktion Bialystok willkürlich Menschen getötet wurden (UA 101 ff).

Er war selbst an der Verladerampe des Bahnhofs Bialystok, um sich einen Überblick über den Abtransport zu verschaffen (UA 106). Er kannte das den Juden bevorstehende Schicksal sowohl bei der Februar-Aktion Bialystok (UA 131 ff, 195 ff) als auch bei der Februar-Aktion Grodno (UA 259, 267) und er wußte, daß die Juden sich über das ihnen bevorstehende Schicksal klar waren (UA 192 ff, 195 ff).

Der Angeklagte Errelis war persönlich führend an der grausamen Durchführung der Räumung des Gettos und an dem Abtransport der Juden bei der Februar-Aktion Grodno beteiligt (UA 259). Ihm waren insbesondere die Ausschreitungen seiner Untergebenen während dieser Räumungsaktion bekannt (UA 259 unten f, 285). Er wußte ferner, daß der Abtransport Vernichtung bedeutete und daß die Betroffenen sich hierüber klar waren (UA 259, 267 ff). Diese Kenntnis hatte er auch bei der Räumung des Gettos Bialystok im August 1943 (UA 339 ff).

Auch die Erschießung der mindestens einhundert "Vergeltungsopfer" bei der Teilräumung des Gettos Bialystok im Februar 1943 wurde grausam durchgeführt. Das zeigt sowohl das unbarmherzige Vorgehen des damit beauftragten Kommandos als auch die Miterschießung von Frauen und Kindern. Der Angeklagte Dr. Altenloh, der selbst bei der Exekution nicht zugegen war, rechnete zumindest mit der grausamen Ausführung des Erschießungsbefehls und billigte sie. Das ergibt sich schon daraus, daß es sich bei dieser Aktion um einen - allerdings rechtlich selbständigen - Ausschnitt aus der Gesamtaktion handelte, die zur Vernichtung von zusammen wenigstens zehntausend Gettoinsassen führte und die insgesamt, wie er wußte, grausam durchgeführt wurde.

Der Senat hat ferner keinen Zweifel, daß die Haupttäter der verschiedenen Vernichtungsaktionen, zu denen die Angeklagten Beihilfe geleistet haben, aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung heraus mit einer grausamen Vornahme der Tötungen einverstanden waren. Denn solche Massenvernichtungen konnten nur grausam durchgeführt werden.

Weil die Angeklagten die Umstände kannten, die das Merkmal der Grausamkeit ausmachten, haben sie sich in allen Fällen der Beihilfe zum Mord auch in der Form der grausamen Tötung schuldig gemacht; sie brauchten nicht selbst grausam zu handeln (BGHSt 2, 251).

Dies anzunehmen ist der Senat durch § 265 Abs. 1 StPO nicht gehindert. Da das Tatgeschehen in den Urteilsgründen erschöpfend mitgeteilt ist und weitere Feststellungen in einer neuen tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht zu erwarten sind, kann das Revisionsgericht von sich aus den Tatbestand der Beihilfe zu grausamen Tötungen feststellen. Zwar sind die Angeklagten vor ihrer Verurteilung durch das Schwurgericht nicht auf die Möglichkeit einer Verurteilung auch wegen Beihilfe zu grausamen Tötungen hingewiesen worden. Das Schwurgericht hat aber in einer außergewöhnlich langen und sehr eingehenden Verhandlung die den Angeklagten zur Last gelegten Taten mit großer Sorgfalt so weit geklärt, wie dies überhaupt möglich erscheint. Dabei sind auch alle die Umstände ausführlich erörtert worden, die die Tötungen zu grausamen machen. Die Angeklagten hatten Gelegenheit, sich zu allen Einzelheiten der Taten eingehend zu äußern und haben das auch weitgehend getan. Angesichts der Art der Verteidigung der beiden Angeklagten, der ausführlichen Erörterung und Wider-

legung ihrer Einlassungen im Urteil und der eingehenden, sehr sorgfältigen Feststellungen, die das Schwurgericht über die Durchführung der Aktionen und die Kenntnis der Angeklagten getroffen hat, ist auszuschließen, daß diese sich im Falle eines Hinweises nach § 265 Abs. 1 StPO anders und wirksamer hätten verteidigen können, als sie es in der Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht getan haben.

Kann der Senat somit davon ausgehen, daß auch das Mordmerkmal der Grausamkeit erfüllt ist, so stellt sich die Verjährungsfrage nicht; denn Grausamkeit ist kein "täterbezogenes" Merkmal im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB, sondern ein "tatbezogenes". Das ist zwar in der Entscheidung des 5. Senats vom 20. Mai 1969 (BGHSt 22, 375, 382) offen geblieben, inzwischen jedoch vom Bundesgerichtshof (vgl. u.a. Urteil vom 27. Oktober 1969 - 2 StR 636/68 -) in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (Schönke/Schröder, 14. Aufl. 1969, Rn. 31 zu § 211 StGB; Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 5. Aufl. 1969, S. 34 und 37; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 285; Schwarz/Dreher, 31. Aufl. 1970, Anm. 4 zu § 211 StGB) bereits bejaht worden. Auf die Beihilfe zu einer grausamen Tötung ist also § 50 Abs. 2 StGB n.F. nicht anzuwenden. Die Beihilfe zu einer solchen Tötung verjährt daher nicht in 15, sondern erst in 20 Jahren. Diese Frist ist hier in allen Fällen vor ihrem Ablauf wirksam unterbrochen worden.

III. Die Strafzumessungsgründe lassen ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten erkennen. Das Schwurgericht war sich insbesondere der Möglichkeit einer doppelten Strafmilderung (aus § 49 StGB und wegen vermeidbaren Verbotsirrtums) bewußt. Über das Ausmaß der

von den Angeklagten geleisteten Beihilfe hat sich das Schwurgericht nicht im Irrtum befunden. Auch die ausdrücklich von der Revision des Angeklagten Dr. Altenloh angegriffene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf fünf Jahre begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Mithin waren beide Revisionen zu verwerfen.

Meyer Börtzler Sanders

Spiegel Hürxthal

ESt7 Hölzner Handex.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

1 StR 78/7o

URTEIL

in der Strafsache

gegen

1. den kaufmännischen Angestellten Kurt D a n n e n b e r g aus Duisburg, geboren am 21. September 1911 in Jena,

2. den Zuchtwart Georg O e s t e r aus Breitenau, Landkreis Coburg, geboren am 22. Juli 1911 in Kirchleus,

- Sachbezeichnung: Schuster u.a. -

wegen Mordes u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 29. September 197o, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Pfeiffer
als Vorsitzender,
Bundesrichter Dr. Wiefels
Bundesrichter Loesdau
Bundesrichter Pikart
Bundesrichter Dr. Woesner
als beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. Pelchen in der Verhandlung,
Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof Hofmann
bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Hermanns aus Duisburg-Ruhrort
als Verteidiger des Angeklagten Dannenberg,
Rechtsanwalt Dr. Pemsel aus Hersbruck
als Verteidiger des Angeklagten Oester,
Justizangestellter Weiß
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Angeklagten Oester gegen das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Memmingen vom 1o. Juli 1969 wird verworfen.

   Jedoch tritt an die Stelle der verhängten Zuchthausstrafe Freiheitsstrafe von gleicher Dauer. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte entfällt. Dem Angeklagten ist die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von fünf Jahren aberkannt.

Der Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit das Verfahren gegen den Angeklagten Dannenberg eingestellt worden ist.

Die Sache wird in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an das Schwurgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat den Angeklagten Oester wegen Mordes in drei Fällen zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt und ihm die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt; im übrigen hat es ihn freigesprochen und das Verfahren wegen Verjährung eingestellt. Seine Revision wendet sich mit Verfahrensrügen und der Sachbeschwerde vergeblich gegen die Verurteilung.

Das Verfahren gegen den Angeklagten Dannenberg hat das Schwurgericht im Fall II 1o der Anklage (Abschn. B I 3 der Urteilsgründe) wegen Verjährung eingestellt; im übrigen hat es ihn freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft greift die Einstellung an; sie beanstandet das Verfahren und rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel greift durch.

A. Revision des Angeklagten Oester

I. Verfahrensrügen

1. Der unbedingte Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO ist nicht gegeben. Selbst wenn, wie behauptet, der Mitangeklagte Lehmann sich während eines Teils der Vernehmung des Zeugen Landau nicht im Sitzungssaal aufhielt, kann sich der -hierbei anwesende - Beschwerdeführer nicht darauf berufen (BGH, Urteil vom 1o. Oktober 1961 - 5 StR 337/61 - im Anschluß an RGSt 38, 272, 274). Daß die Anwesenheit Lehmanns sonst einen Verfahrensmangel - etwa die Beeinträchtigung des Fragerechts gegenüber diesem Mitangeklagten - begründet habe, behauptet die Revision nicht.

2. Die Revision behauptet, Oberamtsrichter Dr. Lachenmayer habe an einem Nachmittag des 25. Juni , des 26. Juni oder des 1. Juli 1969 mehr als eine Stunde wegen Übermüdung und Schlafes der Verhandlung nicht folgen können; er sei während dieses Zeitraums bei zurückgesunkenem Kopf und geschlossenen Augen vom Schlaf übermannt gewesen. Es kann offenbleiben, ob die Rüge - angesichts der Ungewißheit des Datums - mit der Bestimmtheit vorgetragen worden ist, die bei der Dauer der Hauptverhandlung, der Beteiligung mehrerer Angeklagter und der Behandlung verschiedener Tatgeschehen erforderlich gewesen wäre. Denn ein Verfahrensverstoß im Sinne des § 338 Nr. 1 StPO ist nicht erwiesen.

Nach der dienstlichen Äußerung des Richters war er an einem genannten Tage während einiger Sekunden "eingenickt", hatte sich dann aber sofort wieder in der Hand; er führt an, daß er die Erklärungen der Angeklagten zu den an diesem

Nachmittag verlesenen Aussagen schriftlich festgehalten und Aufzeichnungen über vorher nicht bekannte Vernehmungsniederschriften gemacht habe. Schließlich weist er darauf hin, daß die Protokolle abwechselnd von den drei Berufsrichtern verlesen wurden, so daß jeder Richter innerhalb einer Stunde ein- bis zweimal an der Reihe war. Der Vorsitzende, der andere richterliche Beisitzer und der Staatsanwalt bestätigen diese Bekundung. Sie haben nicht bemerkt, daß Oberamtsrichter Dr. Lachenmayer geschlafen habe.

Diese dienstlichen Äußerungen vermitteln dem Senat ein hinreichend klares Bild der Vorgänge; auf die weiterhin vom Beschwerdeführer angebotenen Beweise kommt es umso weniger an, als die Zeugen wegen ihrer weiteren Entfernung vom Richtertisch nicht so zuverlässige Beobachtungen machen konnten wie die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts und der Staatsanwalt.

Es ist deshalb in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, daß Oberamtsrichter Dr. Lachenmayer nicht während eines erheblichen Zeitraumes fest geschlafen hat (BGHSt 2, 14; BGH NJW 1962, 2212 Nr. 15) oder sonst mehr als vorübergehend in seiner Aufmerksamkeit beeinträchtigt gewesen ist.

3. Die Aufklärungsrügen greifen nicht durch.

a) Wenn die Revision zum Nachweis dafür, daß keine Leichen auf dem Gelände des Lagers verscharrt worden seien, Exhumierungsarbeiten für angezeigt hält, so ist ihr entgegenzuhalten, daß sich solche Maßnahmen 26 Jahre nach der Tat dem Schwurgericht nicht aufdrängten. Im übrigen hat der Tatrichter die andere Möglichkeit, daß die Toten aus dem Lager abtransportiert worden sind, nicht ausgeschlossen (UA S. 63).

b) Die weiteren Aufklärungsrügen scheitern schon daran, daß - soweit überhaupt Beweismittel angeführt werden - diese in der Hauptverhandlung benutzt worden sind. Der Angeklagte und seine Mitangeklagten sind eingehend vernommen worden. Die Revision kann aber nicht darauf gestützt werden, daß ein in der Hauptverhandlung benutztes Beweismittel nicht ausgeschöpft worden sei (BGHSt 4, 125, 126; 17, 351); ein Sonderfall der in der letztgenannten Entscheidung bezeichneten Art liegt nicht vor.

Das gilt auch für den Fall Kanne (Abschn. B I 7 der Urteilsgründe). Den Zeugen Reich hat das Schwurgericht vernommen. Der insoweit weiterhin behauptete Verstoß gegen § 267 StPO ist nicht ersichtlich.

II. Auch die Sachbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Soweit der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Aufklärungsrügen und in weiteren Ausführungen die Beweiswürdigung beanstandet, kann er nicht durchdringen. Es trifft nicht zu, daß der Tatrichter in wesentlichen Punkten ungenaue oder lückenhafte Feststellungen getroffen oder andere Möglichkeiten der Würdigung übersehen habe. Was die Revision hierzu im einzelnen vorträgt, sind im wesentlichen eigene Schlußfolgerungen, die von denen des Schwurgerichts abweichen.

2. Die Rechtsanwendung auf den festgestellten Sachverhalt ist bedenkenfrei. Insbesondere ist die Annahme niedriger Beweggründe in den Fällen B I 5 und 7 und der Grausamkeit im Fall B I 6 der Urteilsgründe nicht zu beanstanden. Das im letztgenannten Fall festgestellte Tatgeschehen war so geartet, daß sich daraus die unbarmherzige Gesinnung des Angeklagten ohne weiteres ableiten

ließ. Eine solche Gesinnung ist auch nicht unvereinbar mit dem Wunsch, durch ein warnendes Beispiel andere Häftlinge von der Flucht abzuschrecken. Die Ausführungen zur Nichtanwendung des § 213 StGB gehen ins Leere, weil diese Vorschrift auf das Verbrechen nach § 211 StGB keine Anwendung findet.

3. Der Strafausspruch muß gemäß Art. 1 Nr. 14, Art. 89 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 des 1. StrRG berichtigt werden. Im übrigen ist die Revision zu verwerfen.

B. Revision der Staatsanwaltschaft

Die Verfahrensrüge kann unerörtert bleiben, weil die - vom Generalbundesanwalt vertretene - Sachbeschwerde durchgreift.

Das Schwurgericht nimmt an, der Angeklagte Dannenberg habe im Fall B I 3 der Urteilsgründe zur Tötung von mindestens 15 Juden Hilfe geleistet (UA S. 3o, 31, 212). Die Taten hat es als Mord angesehen, bei dem Angeklagten als einem Gehilfen jedoch nicht feststellen können, daß er selbst aus niedrigen Beweggründen oder grausam gehandelt habe (UA S. 221, 222). Der Tatrichter hat deshalb die für Totschlag geltende Verjährungsfrist von 15 Jahren für maßgeblich gehalten und das Verfahren eingestellt (UA S. 224).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie die Revision mit Recht geltend macht, ist das Tatbestandsmerkmal "grausam" des § 211 StGB tat-, nicht täterbezogen, das nicht unter § 5o Abs. 2 n.F. StGB fällt. So hat der Bundesgerichtshof diese im Urteil BGHSt 22, 375 noch offengelassene Frage (vgl. Seite 382 aaO) inzwischen mehrfach entschieden (Urteile vom 27. Oktober 1969 - 2 StR 636/68 - insoweit in BGHSt

23, 123 nicht abgedruckt -, vom 28. Januar 1970 - 2 StR 337/68 -, vom 5. Februar 1970 - 4 StR 272/68 - insoweit in BGHSt 23, 224 nicht abgedruckt - und vom 7. April 1970 - 5 StR 100/69 -). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Hiernach ist auf die Beihilfe zu einer grausamen Tötung § 50 Abs. 2 n.F. StGB nicht anzuwenden, so daß die Verjährung erst nach 20 Jahren eintritt. Da die Frist am 1. Januar 1950 zu laufen begann (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13. April 1965 - BGBl I 315; vgl. dazu BVerfGE 25, 269), war die Strafverfolgung bei Inkrafttreten des § 67 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Fassung des 9. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1969 (BGBl I 1065) noch nicht verjährt.

Die Einstellung des Verfahrens gegen den Angeklagten Dannenberg kann deshalb nicht bestehen bleiben.

Pfeiffer Wiefels Loesdau

Pikart Woesner

E StA Hölzner Handex.

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja

StGB § 49, 50 (nF), 67, 211

Die Beihilfe zu einem Tötungsverbrechen, das allein wegen niedriger Beweggründe des Täters ein Mord ist, verjährt nach 15 Jahren, wenn der Gehilfe nicht ebenfalls aus niedrigen Beweggründen handelte.

StGB § 68

Über die Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat, die Gegenstand der richterlichen Handlung ist.

BGH, Urt. v. 20. Mai 1969 - 5 StR 658/68 -
SchwG Kiel

5 StR 658/68

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in der Strafsache

gegen

den Verwaltungsangestellten Hermann H e i n r i c h
aus Rendsburg,
geboren am 7.März 1914 in Ludwigsdorf (Oberschlesien),

wegen Beihilfe zum Mord

Der 5.Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 20.Mai 1969, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Prof.Dr.Sarstedt
als Vorsitzender,
Bundesrichter Schmidt
Bundesrichter Siemer
Bundesrichter Schmitt
Bundesrichter Dr.Börker
als beisitzende Richter,
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Heldenberg
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Dr.Steinbach aus Neumünster
als Verteidiger,
Justizangestellte Güttler
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Angeklagten Heinrich wird das Urteil des Schwurgerichts in Kiel vom 19.März 1968, soweit es ihn verurteilt, aufgehoben.

Das Verfahren gegen den Angeklagten Heinrich wird eingestellt. Die Kosten fallen der Landeskasse zur Last.

- Von Rechts wegen -

G r ü n d e

Das Schwurgericht hat den Angeklagten Heinrich wegen Beihilfe zum Mord in sechs Fällen zu einer Gesamtstrafe von sechs Jahren Zuchthaus, auf die die Untersuchungshaft anzurechnen ist, verurteilt und ihn von weiteren Anklagepunkten freigesprochen.

Die Revision erhebt zwei Verfahrensbeschwerden und die allgemeine Sachrüge.

Das Rechtsmittel führt zur Einstellung des Verfahrens, weil die Strafverfolgung verjährt ist.

Nach den Feststellungen des Schwurgerichts leistete der Angeklagte in den Jahren 1942 und 1943 als Kriminalassistent und Angehöriger des "Judenreferats" beim Kommandeur der Sicherheitspolizei und des SD in Krakau Beihilfe zu Vernichtungsmaßnahmen gegen zahlreiche Juden. Wie das Schwurgericht weiter feststellt, wußte er, daß die Opfer allein aus Rassenhaß umgebracht wurden. Er hatte jedoch selbst nicht diesen niedrigen Beweggrund, sondern gehorchte als Polizeibeamter und SS-Angehöriger nur den Befehlen, obwohl er sie als verbrecherisch erkannt hatte.

Solche Beihilfe zum Mord ist nach der neuen Fassung des § 50 Abs.2 StGB, die am 1.Oktober 1968 in Kraft getreten und nach § 2 Abs.2 Satz 2 StGB zugunsten des Angeklagten anzuwenden ist, in Verbindung mit den §§ 211 (Abs.1), 44 (Abs.2) und 14 StGB nur noch mit Zuchthaus von drei bis fünfzehn Jahren bedroht. Ihre Verfolgung verjährt daher nach § 67 Abs.1 StGB in fünfzehn Jahren. Diese Frist war schon verstrichen, ehe es wegen dieser Taten zu einer richterlichen Handlung gegen den Angeklagten kam, die die Verjährung nach § 68 StGB hätte unterbrechen können. Das ist im einzelnen, wie folgt, zu begründen.

I. Bis zum 30.September 1968 galt folgender § 50 StGB:

(1) Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Der zweite Absatz dieser Bestimmung ist nach Artikel 1 Nr.6 EGOWiG vom 24.5.1968 (BGBl I 503) durch folgende Absätze 2 und 3 ersetzt worden:

(2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

(3) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Diese Fassung ist nach Artikel 167 EGOWiG am 1.Oktober 1968 in Kraft getreten. Der jetzige Absatz 3 entspricht im wesentlichen dem alten Absatz 2. Beide behandeln gesetzliche Gründe, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen. Umstände persönlicher Art, die die Strafbarkeit überhaupt erst begründen (z.B. die Beamteneigenschaft bei den echten Amtsverbrechen) waren im Gesetz früher nicht erwähnt, wurden also dem Teilnehmer auch dann angerechnet, wenn sie bei ihm selbst nicht vorlagen. Jetzt werden sie aus Gründen der Gerechtigkeit im neuen § 50 Abs.2 berücksichtigt. Er erweitert überdies die alte Fassung, die nur besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse erwähnte, um den Begriff "Umstände" und faßt dies alles als "besondere persönliche Merkmale" zusammen. Schließlich bestimmt er, daß die Strafe des Teilnehmers, dem ein

solches besonderes persönliches Merkmal fehlt, nach den Grundsätzen für die Versuchsstrafe (§ 44 StGB) zu mildern ist, während dies sonst beim Gehilfen (nicht beim Anstifter) nach § 49 Abs.2 StGB nur geschehen kann, aber nicht muß.

Hieraus ergibt sich für Mordbeihilfefälle der vorliegenden Art folgendes.

II. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Tatsachen, die die vorsätzlich ausgeführte Tötung eines Menschen nach § 211 Abs.2 StGB als Mord kennzeichnen, "echte Tatbestandsmerkmale" (BGHSt 1,368,371). Da sie also "die Strafbarkeit des Täters begründen", wie sich § 50 Abs.2 StGB jetzt ausdrückt, fallen sie unter diese Bestimmung, wenn sie zugleich "besondere persönliche Merkmale" sind. Das trifft für die "niedrigen Beweggründe" als Tatbestandsmerkmal des Mordes aus folgenden Erwägungen zu.

1. Der Gegensatz zu den "besonderen persönlichen Merkmalen" liegt in solchen Tatumständen, die nicht zur Person des Täters, sondern zur äußeren Mordtat selbst gehören, wie z.B. die Verwendung von gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 Abs.2 StGB). Jene sind "täterbezogen", diese "tatbezogen" genannt worden.

2. Es entspricht nun dem Sprachgebrauch und dem natürlichen Verständnis, niedrige Beweggründe des Mörders zu den besonderen persönlichen Umständen zu rechnen. Das ist auch berechtigt. "Ein Motiv des Täters liegt in seiner Person und nirgends anders" (Else Koffka JR 1969,41,42).

3. Es gibt auch keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die auf einer gegenteiligen Auffassung beruht. Die vom Generalbundesanwalt vorgetragene Meinung, die "Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs" habe die niedrigen

Beweggründe des § 211 Abs.2 StGB bisher zu den "tatbezogenen" Merkmalen gezählt, trifft nicht zu.

a) Der 2.Strafsenat hat vielmehr in BGHSt 1,368,371 in anderem Zusammenhange gerade gesagt, daß die niedrigen Beweggründe "zwar nicht das äußere Bild der Tat, sondern die innere Haltung des Täters" kennzeichnen. Auf sie den (damaligen) § 50 Abs.2 StGB anzuwenden, hat er schon deshalb abgelehnt, "weil sie nicht 'die Strafe schärfen', sondern die Strafbarkeit des Täters als Mörder erst begründen" (BGHSt 1,368,372). In diesem Punkte ist §50 Abs.2 inzwischen geändert worden (vgl. oben Nr.I). Am Schluß seiner Entscheidung hat der 2.Strafsenat ausdrücklich offengelassen, "ob Beweggründe überhaupt unter § 50 Abs.2 fallen" (aaO S.372), nämlich persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse sein können. Dieser Zweifel war verständlich, solange § 50 Abs.2 nicht, wie jetzt, um die "besonderen persönlichen Umstände" erweitert war. Auf diese Entscheidung beruft sich daher der Generalbundesanwalt zu Unrecht.

b) Das von ihm noch angeführte Urteil des 3.Strafsenats (BGHSt 17,215) betrifft nicht die niedrigen Beweggründe in § 211 Abs.2 StGB, sondern spricht aus, auf die verfassungsfeindliche Absicht im - inzwischen aufgehobenen - § 94 StGB sei § 50 Abs.2 (a.F.) StGB nicht anwendbar. Nur beiläufig und daher nicht in bindender Weise wird in den Entscheidungsgründen (aaO S.217) gesagt, auch das Mordmerkmal des niedrigen Beweggrundes falle "nicht unter § 50 Abs.2 StGB, weil es in erster Linie die Tat als besonders schwer erscheinen läßt, mag es mitunter außerdem auch den Charakter des Täters beleuchten". Dafür, daß dies "die Ansicht des Bundesgerichtshofs" sei, beruft sich der 3.Strafsenat zu Unrecht auf die oben unter a) behandelte Entscheidung BGHSt 1,368. Dort steht das gerade nicht.

Es geht jetzt also nicht, wie der Generalbundesanwalt es darstellt, darum, an einer schon vorliegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festzuhalten oder sie aufzugeben. Sie besteht nicht. Es liegt nur eine einzige beiläufige Bemerkung vor, und sie beruft sich auf eine mißverstandene Entscheidung.

4. Wie der Generalbundesanwalt zugibt, geht die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung des § 50 Abs.2 StGB "ersichtlich davon aus, daß die niedrigen Beweggründe nach § 211 StGB täterbezogene und damit persönliche Umstände im Sinne des § 50 Abs.2 n.F. StGB seien. Denn sie führt", so schreibt der Generalbundesanwalt weiter, "als Beispiel eines besonderen persönlichen Umstandes u.a. das Handeln 'aus Habgier' und damit einen der in § 211 StGB benannten niedrigen Beweggründe an". Das geht auf einen Beschluß der Großen Strafrechtskommission vom Februar 1955 zurück. Wegen der Einzelheiten verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen von Else Koffka JR 1969,41,42.

Der Generalbundesanwalt meint, die Auffassung, die der amtlichen Begründung zugrunde liegt, habe im Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden. Darauf kommt es aber hier nicht an. Der Gesetzestext ist klar und eindeutig. Es könnte höchstens darum gehen, ob etwa die Gesetzesgeschichte für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung spricht. Das Gegenteil ist aber der Fall.

5. Auch die übrigen Erwägungen des Generalbundesanwalts überzeugen nicht.

a) Er beruft sich zu Unrecht auf Urteile über Fälle, in denen nach dem Gesetz eine bestimmte Absicht des Täters die Strafe schärft. Es trifft zu, daß der erkennende Senat den § 50 Abs.2 (a.F.) StGB in einem unveröffentlichten

Urteil vom 21.November 1958 - 5 StR 501/58 - nicht auf den erschwerten Muntbruch nach § 235 Abs.3 StGB angewendet hat. Wie er dort ausgeführt hat, war die - dem Gehilfen bekannte - Absicht des Täters, die Jugendliche zur Unzucht zu gebrauchen, ein "tatbezogenes Unrechtsmerkmal"; sie erhöht "die Verwerflichkeit der Tat als solcher und ist keine besondere persönliche Eigenschaft des Täters". Hieraus ergibt sich jedoch nichts für die jetzt zu entscheidende Frage. Die "Absicht" in § 235 Abs.3 StGB und in manchen anderen Strafbestimmungen, z.B. die Absicht rechtswidriger Zueignung in § 242 StGB, hat als gesetzliches Merkmal die Bedeutung, daß es nicht zur Unzucht oder Zueignung zu kommen braucht. Es genügt, wenn die Tat daraufhin angelegt ist. Schon dann muß beim Muntbruch die Strafe nach § 235 Abs.3 StGB geschärft, bei der Wegnahme einer Sache der Täter als Dieb verurteilt werden. Das Vergehen des Diebstahls ist rechtlich bereits vollendet, wenn der Erfolg, der zur sogenannten tatsächlichen Beendigung gehört und sehr oft auch eintritt, noch nicht verwirklicht worden ist, sofern er nur beabsichtigt war. Diese Absicht des Täters steht an Stelle eines entsprechenden äußeren Merkmals, ist "tatbezogen". Auf die "niedrigen Beweggründe" in § 211 Abs.2 StGB trifft das alles nicht zu.

b) Das äußere Bild der Tat wurde in den Mordfällen der vorliegenden Art nicht, wie der Generalbundesanwalt meint, schon durch den niedrigen Beweggrund der nationalsozialistischen Machthaber, sondern erst durch die Art seiner äußeren Verwirklichung, insbesondere durch die Schaffung eines umfangreichen Vernichtungsapparates geprägt. Auf den Tatbestand des Völkermords verweist der Generalbundesanwalt in diesem Zusammenhange zu Unrecht. Der § 220a StGB richtet sich dagegen, daß eine Volksgruppe der dort bezeichneten Art ganz oder teilweise zerstört wird. Zu seinem gesetzlichen Tatbestand gehört das aber

nicht. Es genügt, daß die Tat daraufhin angelegt ist. Es handelt sich hier um ein Absichtsverbrechen der unter a) behandelten Art. Daß eine scharfe Grenze zwischen der Absicht in § 220a StGB und den niedrigen Beweggründen des § 211 StGB nicht gezogen werden könne, ist unrichtig. Der Generalbundesanwalt räumt ein, daß § 220a StGB nicht auf Taten angewendet werden darf, die begangen worden sind, ehe er in Kraft trat. Auf solche rückwirkende Anwendung laufen aber seine Ausführungen im Ergebnis hinaus.

c) Der Generalbundesanwalt vermißt einen einleuchtenden Grund, "weshalb derjenige, der als Gehilfe bei einer aus Rassenhaß begangenen Tötung mitwirkt und dabei weiß, daß sie ein Beitrag zur Ausrottung einer ganzen Volksgruppe ist, besser gestellt werden soll als der Teilnehmer z.B. am heimtückisch begangen Mord". Das ist in der Tat nicht einzusehen. Das ungereimte Ergebnis hat seinen Grund darin, daß "bei den Vorarbeiten zum EGOWiG offensichtlich übersehen worden ist, welche Konsequenzen die Neugestaltung des § 50 für die Verjährung hat, insbesondere für das Problem der Verjährung der Teilnahme am Mord" (Horst Schröder JZ 1969,132). Die ungleichen Folgen, die die Neuregelung für die Beihilfe zu verschiedenen Arten des Mordes hat, können daher bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden.

III. Da also das besondere persönliche Merkmal des Handelns aus niedrigen Beweggründen, das die Strafbarkeit der Täter wegen Mordes begründet, bei Heinrich als Gehilfen nicht vorliegt, muß gemäß § 50 Abs.2 (n.F.) StGB die Strafe für ihn nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden. Nach § 44 Abs.2 StGB ist, da Mord in § 211 Abs.1 StGB mit lebenslangem Zuchthaus bedroht ist, auf eine zeitige Zuchthausstrafe von mindestens drei Jahren zu erkennen. Ihr Höchstmaß beträgt

nach § 14 Abs.2 StGB fünfzehn Jahre.

IV. Nach dieser Strafdrohung für den Angeklagten als Mordgehilfen und nicht nach der lebenslangen Zuchthausstrafe, die § 211 Abs.1 StGB für den Mörder selbst vorschreibt, richtet sich die Länge der Verjährungsfrist. Das ist, solange für die Beihilfe die Strafmilderung zwingend vorgeschrieben war, nämlich bis zum Inkrafttreten der Gewaltverbrecherverordnung vom 5.Dezember 1939, "für die ganz überwiegende Meinung niemals zweifelhaft gewesen. Der Zwang zur Herabsetzung der Strafe bedeutet eben bei absolut bestimmten Strafen eine inhaltliche Veränderung der Strafdrohung" (Horst Schröder JZ 1969,132,133). Diese Auffassung liegt, wie der Generalbundesanwalt zugibt, auch dem Urteil BGH NJW 1962,2209[13] und vielen unveröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrunde. Von ihr abzuweichen, geben die Ausführungen des Generalbundesanwalts dem Senat keinen Anlaß.

Die Verjährungsfrist beträgt daher nach § 67 Abs.1 StGB im vorliegenden Fall fünfzehn Jahre.

V. Daß den Opfern besondere, über den Tötungszweck hinausgehende Schmerzen oder Qualen zugefügt worden seien, hat das Schwurgericht ersichtlich nicht feststellen können. Der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob der mündlich vorgetragenen Auffassung des Generalbundesanwalts beizutreten ist, das Mordmerkmal "grausam" sei schlechthin "tatbezogen" und falle auch insoweit nicht unter § 50 Abs.2 (n.F.) StGB, als es eine gefühllose, unbarmherzige Gesinnung erfordert (BGHSt 3,180; 3,264).

VI. Die fünfzehnjährige Verjährungsfrist ist abgelaufen.

1. Für ihren Beginn ist nicht das Gesetz über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsvorschriften vom

13.April 1965 (BGBl I,315) maßgebend. Denn es betrifft nach seinem § 1 nur Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind. Das trifft auf die Mordbeihilfe des Angeklagten Heinrich nicht zu. Das genannte Gesetz scheidet daher hier aus. Es ist vielmehr die Verordnung zur Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege vom 23.Mai 1947 (VOBl.BZ.S.65) anzuwenden. Nach ihrem § 3 gilt die Verjährung bis zum 8.Mai 1945 als ruhend.

2. In den nächsten 15 Jahren, von diesem Tage an gerechnet, hat kein Richter eine Handlung gegen den Angeklagten wegen der Taten vorgenommen, die Gegenstand des jetzigen Verfahrens sind.

a) Der Haftbefehl des Amtsgerichts in Rendsburg gegen ihn ist erst am 9.März 1965, also nach Ablauf der jetzt maßgebenden Verjährungsfrist ergangen. Er steht daher der Verjährung nicht mehr entgegen.

Nach Art.155 Abs.2 Satz 3 EGOWiG bleiben Handlungen, durch die die Verjährung von Ordnungswidrigkeiten nach dem bisherigen Recht unterbrochen worden war, wirksam, auch wenn nach neuem Recht die Verfolgung damals schon verjährt gewesen wäre. Der Generalbundesanwalt hat in der Verhandlung vor dem Senat vorgetragen, diese Bestimmung sei auf die Verfolgung von Straftaten entsprechend anzuwenden. Solche Analogie ist jedoch im Verjährungsrecht, das feste gesetzliche Maßstäbe braucht, nicht angängig.

b) Die Verjährung ist auch nicht, wie der Generalbundesanwalt meint, dadurch nach § 68 StGB unterbrochen worden, daß das Amtsgericht in Mosbach in einer Strafsache gegen Kleinow und Fellenz - Aktenzeichen 2 Ks 6/63 der Staatsanwaltschaft in Kiel - auf Antrag der Staatsanwaltschaft in Mosbach am 28.April 1960 einen Termin zur

Vernehmung des Zeugen Josef Müller bestimmte und diese am 4.Mai 1960 durchführte. Diese Handlungen richteten sich zwar u.a. gegen den jetzigen Angeklagten Heinrich, aber nicht wegen der Taten, die das Schwurgericht abgeurteilt hat.

aa) Die Staatsanwaltschaft hatte dem Amtsgericht die genannten Akten mit dem Antrage zugeleitet, Müller über die Vorwürfe gegen Kleinow und Fellenz als Zeugen zu vernehmen. Sie hatte außerdem gebeten, ihn "in Richtung gegen alle im vorläufigen Abschlußbericht aufgeführten Beschuldigten zu hören". In diesem umfangreichen Bericht hatte die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen in Ludwigsburg die Namen von weit über 200 Männern zusammengestellt, die bestimmten deutschen Dienststellen in Polen angehört hatten und für eine Beteiligung an der planmäßigen Vernichtung der Juden allgemein in Betracht kamen. Auf Seite 21 des Berichts war der jetzige Angeklagte Heinrich mit dem Zusatz "Ghettoverwalter" genannt.

An bestimmten Beschuldigungen gegen ihn enthielten die Akten eine polizeiliche Niederschrift mit Angaben eines Zeugen über schwere Ausschreitungen, die Heinrich im März 1943 bei der Räumung des Krakauer Ghettos im Kinderheim begangen haben sollte, die aber im Urteil des Schwurgerichts nicht festgestellt sind. Am Schluß einer 17 Seiten langen handschriftlichen Notiz in den Akten war aufgrund eines polnischen Buches vermerkt, nach den Feststellungen eines hohen polnischen Gerichts sei das Krakauer Ghetto am 13.März 1943 unter Mitwirkung der Judenreferenten der Sicherheitspolizei, darunter Heinrich, liquidiert worden. Der Amtsrichter in Mosbach hat diese Teile des umfangreichen und wenig übersichtlichen Akteninhalts, auf die ihn die Staatsanwaltschaft nicht besonders hingewiesen hatte, nicht beachtet und den Zeugen nicht danach gefragt. Denn die gerichtliche Niederschrift

erwähnt diese Vorgänge nicht einmal andeutungsweise. Auf sie haben sich die Handlungen des Richters, nämlich die Terminsbestimmung und die Zeugenvernehmung, nicht erstreckt. Abgesehen von den Taten, die Kleinow und Fellenz, nicht dem jetzigen Angeklagten Heinrich vorgeworfen wurden, hat der Richter den Zeugen ersichtlich nur gefragt, welche der vielen Namen im Abschlußbericht ihm bekannt seien, was er über die dienstliche Stellung und die Aufgaben dieser Männer während des Krieges wisse und was er allgemein darüber angeben könne, ob sie Verbrechen an Juden begangen hätten. Genauer und ausführlicher ist der Zeuge jedenfalls über den jetzigen Angeklagten Heinrich nicht vernommen worden. Das zeigen die wenigen Zeilen der gerichtlichen Niederschrift über diesen Punkt. Ihr Inhalt ist nur, Heinrich sei "in Krakau bei der Gestapo" gewesen, habe "auch mit den Juden zu tun gehabt" und sei wohl "in Spionageangelegenheiten tätig gewesen". Er habe dem Zeugen einmal aus dessen Lager "einen Juden weggenommen". Der Zeuge habe darum mit ihm "eine Auseinandersetzung gehabt" und habe ihm den Mann "wieder wegholen können".

bb) Bei dieser Sachlage sind die Terminsbestimmung und die richterliche Vernehmung nicht, wie § 68 Abs.1 StGB es erfordert, "wegen der begangenen Tat", d.h. wegen derjenigen Taten des Angeklagten Heinrich vorgenommen worden, aufgrund deren er im vorliegenden Verfahren verurteilt worden ist. Denn die Tat als "historisches" oder "konkretes Vorkommnis" muß im folgenden Sinne bestimmt sein (BGHSt 22,105,106; RGSt 30,300,304,305; BGH vom 24.4.1956, 5 StR 619/55, bei Dallinger MDR 1956,394,395 zu § 68 StGB). Sie braucht zwar noch nicht in den Einzelheiten, die oft erst durch die richterliche Untersuchungshandlung geklärt werden sollen, festzustehen. Es sind aber Anhaltspunkte nötig, die sie von denkbaren anderen ähnlichen oder gleichartigen Vorkommnissen unterscheiden. Es reicht z.B. aus, wenn eine Leiche mit Verletzungen, die

den Verdacht eines Tötungsverbrechens hervorrufen, gefunden worden ist. Denn schon dadurch wird aus der Gesamtheit dessen, was überhaupt geschieht, ein Ereignis herausgehoben, "auf welches sich der Verdacht der Strafbarkeit gründet" (vgl. RG HRR 1940,118). Das Amtsgericht Mosbach hat solche Anhaltspunkte weder seinen richterlichen Handlungen gegen den jetzigen Angeklagten Heinrich vom 28.April und 4.Mai 1960 zugrunde gelegt noch sie durch die Vernehmung des Zeugen beigebracht.

Das Verfahren ist daher auf Kosten der Landeskasse einzustellen. Der Senat sieht jedoch nach § 467 Abs.3 Satz 2 Nr.2 StPO davon ab, die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Landeskasse aufzuerlegen. Das erscheint ihm nicht angemessen.

Sarstedt Schmidt Siemer
Schmitt Dr.Börker

HÖ

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

1 StR 91/71

URTEIL

zur Abgrenzung von Täterschaft u. Beihilfe (NS) – S. 10 – 11 –

in der Strafsache

gegen

den Rentner Johann U n t e r h u b e r aus München-Aubing, geboren am 12. April 1900 in München,

wegen Beihilfe zum Mord

AL I 154

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. Mai 1971, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Pfeiffer
als Vorsitzender,
Bundesrichter Loesdau
Bundesrichter Pikart
Bundesrichter Zipfel
Bundesrichter Strickert
als beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. Pelchen
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Justizangestellter Weiß
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht München I vom 18. Juni 1970 werden verworfen.

Der Angeklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels; der Staatskasse fallen die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen, soweit sie ausscheidbar sind, zur Last.

Von Rechts wegen

G r ü n d e:

A

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen dreier rechtlich zusammentreffender Verbrechen der Beihilfe zum Mord, begangen in Mittäterschaft, zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt.

Es hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

In der ersten Hälfte des Jahres 1942 begann in dem von deutschen Truppen besetzten Polen im Rahmen der von den nationalsozialistischen Gewalthabern propagierten "Endlösung der Judenfrage" die "Liquidierung", d.h. die Tötung der jüdischen Bevölkerung in den Massenvernichtungslagern Auschwitz, Belzec, Sobibor und Treblinka. Die Juden, die bereits seit dem Jahre 1941 in bestimmten Wohnbezirken und Ghettos zusammengefaßt waren, wurden entweder unmittelbar in diese Lager transportiert oder zunächst in Durchgangslager gebracht, wo sie Zwangsarbeit leisten mußten, bevor auch sie in die Vernichtungslager kamen. Im Herbst 1943 diente als Durchgangslager für Judentransporte nach Auschwitz auch das Zwangsarbeitslager Szebnie/Distrikt Krakau, von dem aus zeitweise eine Nebenstelle in Rymanow/Bezirk Krosno unterhalten worden war. Nach der Auflösung dieser Nebenstelle im April 1943 wurden einige Gruppen jüdischer Häftlinge aus dem Lager Szebnie und anderen Durchgangslagern nach

Rymanow verbracht, um die dortigen Baracken abzureißen sowie die einzelnen Bauteile zunächst auf Bauernfahrzeuge und sodann auf Eisenbahnwaggons zu verladen. Diese Arbeit war etwa im Juli 1943 beendet. Die jüdischen Häftlinge wurden in ihre Ausgangslager zurücktransportiert. Im November 1943 kam ein großer Teil der Insassen des Lagers Szebnie zur Vernichtung nach Auschwitz; Anfang 1944 wurde das Lager ganz aufgelöst.

Das Nebenlager Rymanow stand unter der Leitung eines deutschen Polizeihauptwachtmeisters, ein oder zwei weiterer Deutscher und des Angeklagten, der den Dienstgrad eines SS-Hauptscharführers inne hatte. Er war vorwiegend mit der Aufsicht über die Häftlinge betraut, die am Bahnhof die Verladearbeiten durchführten. Wichtige Entscheidungen auch über diese Arbeitskolonne wurden von den Kommandanten des Hauptlagers Szebnie getroffen. Als einmal ein Häftling bei Verladearbeiten entfloh, erschien der Kommandant in Rymanow und ordnete als Vergeltungsmaßnahme die Verprügelung der gesamten Kolonne an.

Etwa im Juli 1943 versammelten sich die letzten noch in Rymanow verbliebenen Häftlinge, ca. 40 bis 50, in der Nähe des Lagers, um auf ihren Abtransport nach Szebnie zu warten. Die Führung der Gruppe hatte der Angeklagte, der von einigen ukrainischen Hilfswilligen unterstützt wurde. Im Verlauf der Wartezeit flüchtete ein Häftling, wurde jedoch von den ukrainischen Bewachern, die der Angeklagte ihm sofort nachgeschickt hatte, ergriffen und zurückgebracht. Auf Befragen erklärte er, daß ein Mithäftling von seinem Fluchtplan gewußt habe.

Daraufhin befahl der Angeklagte, den Geflohenen, dessen Bruder und den Mitwisser von dem Fluchtplan zu erschießen. Der Befehl wurde von den ukrainischen Hilfswilligen in der Nähe des Warteplatzes hinter einem Hügel ausgeführt. Im Anschluß hieran hielt der Angeklagte eine Rede, in der er auch zum Ausdruck brachte, daß noch mehr getötet würden, wenn noch jemand fliehe.

Das Schwurgericht ist zu der Überzeugung gelangt, daß der Angeklagte auf Grund des von Hitler erteilten generellen Vernichtungsbefehls gehandelt habe, da er nach seiner Persönlichkeit ohne diesen Befehl von sich aus keine Tötung begangen hätte; insoweit deuteten zwar viele äußere Umstände auf eine Täterschaft des Angeklagten hin, der selbst aus niedrigen Beweggründen gehandelt habe, aber seine innere Einstellung spreche überwiegend für einen Gehilfenwillen, so daß er, da letzte Zweifel nicht auszuschließen seien, nur der Beihilfe zum Mord für schuldig erachtet werden könne.

Der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft haben gegen das Urteil Revision eingelegt. Der Angeklagte rügt die Verletzung von Verfahrensvorschriften und des sachlichen Rechts; die von dem Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft erhebt ebenfalls die Sachbeschwerde. Beide Rechtsmittel bleiben ohne Erfolg.

B

Die Revision des Angeklagten

I. Die Verfahrensrügen gehen fehl.

1. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorschrift des § 244 Abs. 3 StPO dadurch verletzt sein soll, daß über den geschichtlichen Hintergrund der in Rede stehenden Taten keine Beweise erhoben worden sind. Der Beschwerdeführer hat selbst nicht vorgetragen, daß er einen dahingehenden Beweisantrag gestellt hat, der wegen Offenkundigkeit abgelehnt worden ist. Auch als Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) könnte diese Beanstandung nicht durchdringen. Das Schwurgericht hat zutreffend dargelegt, daß die Entwicklung der Judenfrage, die Diskriminierung der jüdischen Rasse, die Judenverfolgung sowie das "Endziel" der nationalsozialistischen Gewalthaber und die Art, wie dieses Ziel erreicht werden sollte, geschichts- und damit offenkundig sind, so daß sie keines Beweises bedurften (UA S. 24). Im übrigen handelt es sich darüberhinaus auch um gerichtskundige Tatsachen, die in einer im wesentlichen unveränderten Weise immer wieder mit bestimmten strafrechtlich zu würdigenden Vorgängen verknüpft sind (BGH, Urteil vom 16.3.1971 - 1 StR 687/70 - unter Hinweis auf BGHSt 6, 292, 294). Die allgemein gehaltene Bemerkung des Beschwerdeführers, daß es sich hierbei um historisch umstrittene Tatsachen handelt, die von den auf diesem Gebiet führenden Historikern unterschiedlich beurteilt werden, verfängt demgegenüber nicht, zumal nicht angegeben wird, welche Tatsachen, auf denen das Urteil beruht, unrichtig dargestellt sein sollen.

Der geschichtliche Hintergrund der abgeurteilten Taten bedurfte als offenkundige Tatsache keiner Erörterung in der Hauptverhandlung, so daß die Rüge, insoweit sei auch gegen § 261 StPO verstoßen worden, ebenfalls unbegründet ist.

2. Eine Verletzung dieser Verfahrensvorschrift läßt sich auch in den weiteren von der Revision aufgegriffenen Fällen nicht feststellen.

a) Das Schwurgericht hat dem Zeugen Lehrer auch deshalb vollen Glauben geschenkt, weil seine im Verlauf des Ermittlungsverfahrens gemachten Bekundungen im wesentlichen mit denen in der Hauptverhandlung übereinstimmen (UA S. 20).

Allein hieraus kann nicht geschlossen werden, daß Grundlage der Urteilsfindung nicht nur der Inbegriff der Verhandlung, sondern auch der Akteninhalt gewesen ist, weil nach dem Protokoll die früheren Vernehmungen des Zeugen weder verlesen noch im Wege des Vorhalts in die Verhandlung eingeführt worden seien. In das Protokoll wäre nur ein förmlicher Vorhalt nach § 253 Abs. 1 StPO aufzunehmen gewesen, nicht aber ein Vorhalt im Rahmen der Vernehmung des Zeugen. Es ist daher nicht auszuschließen, daß die früheren Bekundungen des Zeugen auf diesem Wege in der Verhandlung zur Sprache gekommen sind.

b) Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung hilfsweise vorgetragen, der Angeklagte könne heute für seine Taten nicht mehr verantwortlich gemacht werden, da es sich um "Disziplinarmaßnahmen" gehandelt habe, die allenfalls als Totschlag zu qualifizieren seien (UA S. 15 f.).

Der Beschwerdeführer irrt, wenn er meint, das Schwurgericht sei auf diesen Hilfsantrag nicht eingegangen. In dem Urteil heißt es ausdrücklich, daß nach der Überzeugung des Gerichts "die Tötung der drei Häftlinge keineswegs der Aufrechterhaltung von Disziplin und

Ordnung dienen und grobe Verstöße dagegen - die Flucht anderer - verhindern sollte" (UA S. 30).

c) Unzulässig ist die Rüge, daß die Feststellungen des Urteils über den Inhalt der Aussage des Zeugen Keller nicht mit dem Protokoll übereinstimmen. Auf einen angeblichen Widerspruch zwischen den Urteilsfeststellungen und dem Protokollinhalt kann eine Revision nicht gestützt werden; maßgebend sind für das Revisionsgericht allein die tatsächlichen Feststellungen des Urteils, soweit sie ohne Verfahrensverstoß getroffen worden sind (BGHSt 21, 147, 151; BGH NJW 1966, 63 Nr. 22).

d) Dem Angeklagten war nach der Überzeugung des Schwurgerichts bekannt, daß der Leiter des Zwangsarbeitslagers Szebnie Fluchtversuche von Häftlingen keineswegs mit der Todesstrafe ahndete (UA S. 30 f.).

Aus der Tatsache, daß nach dem Protokoll weder der Angeklagte noch ein Zeuge dies bestätigt hat, kann nicht auf die Unrichtigkeit dieser Feststellung geschlossen werden.

II. Die von dem Angeklagten erhobene Sachbeschwerde dringt nicht durch.

Was die Revision gegen den Schuldspruch vorträgt, erschöpft sich in unzulässigen Angriffen auf die dem Tatrichter vorbehaltene Beweiswürdigung, die hier einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt. Sie ist frei von Widersprüchen, vereinbar mit den Grundsätzen der Lebenserfahrung und verstößt auch nicht gegen den Grundsatz "im Zweifel für den Angeklagten".

Wenn das Schwurgericht bei der Würdigung der Aussage des Zeugen Keller darlegt, daß "seine Angaben, was den gesamten Geschehensablauf betrifft, voll mit denen des Zeugen Lehrer" (UA S. 20 - in dem Urteil ist der Name des Zeugen Lehrer versehentlich mit "Keller" angegeben -) übereinstimmen, so soll damit, wie aus der Gesamtheit der Urteilsgründe eindeutig hervorgeht, nur gesagt sein, daß die Bekundungen beider Zeugen zu dem Kerngeschehen als solchem - dem Fluchtversuch eines Häftlings, dem Befehl des Angeklagten zur Erschießung von Häftlingen, die Ausführung des Befehls - Übereinstimmung zeigten.

Es ist auch kein Widerspruch, wenn es im Urteil heißt, daß der Angeklagte, wie sein Verhalten in Rymanow zeigt, "entsprechend der NS-Anschauung den Juden jedes Lebensrecht und jeden Menschenwert absprach (UA S. 30), obwohl Zeugen erklärt haben, daß er sich dort "gegenüber den Häftlingen verhältnismäßig anständig verhalten" (UA S. 19) und von sich aus gegen die Juden nichts unternommen habe (UA S. 20).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist gerade dadurch Rechnung getragen worden, daß der Angeklagte nur deshalb als Gehilfe eingestuft worden ist, weil letzte Zweifel an seiner Täterschaft nicht ausgeschlossen werden konnten (vgl. BGHSt 23, 204). Daß seine Schuld aus diesem Grund als nicht gering erachtet worden ist (UA S. 31), steht dem nicht entgegen.

Die Bemessung der Strafe ist ebenfalls rechtsirrtumsfrei begründet worden.

Das Rechtsmittel des Angeklagten war daher zu verwerfen.

C

Die Revision der Staatsanwaltschaft

Der von der Staatsanwaltschaft vertretenen Auffassung, daß der Angeklagte nach den tatsächlichen Feststellungen nicht nur wegen Beihilfe zum Mord, sondern wegen Mordes hätte verurteilt werden müssen, vermag der Senat nicht zu folgen.

Das Schwurgericht ist der Überzeugung, daß der Befehl des Angeklagten, die drei jüdischen Häftlinge zu erschießen, nicht seinem Eigeninteresse entsprang, sondern in dem Bestreben erfolgte, den nationalsozialistischen Führern bei der Ausführung ihrer Pläne, d.h. der Tötung der jüdischen Bevölkerung, behilflich zu sein (UA S. 13). Es hat ausdrücklich festgestellt, daß der Angeklagte mit diesem Befehl seinen Beitrag zur generell angeordneten Judenvernichtung leisten, die NS-Machthaber unterstützen und dadurch seine Gefolgschaftstreue unter Beweis stellen wollte (UA S. 14).

Das Schwurgericht ist bei der Würdigung dieser Feststellung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon ausgegangen, daß für die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe die innere Haltung des Täters zur Tat entscheidend ist, also auch derjenige als bloßer Gehilfe angesehen werden kann, der alle Tatbestandsmerkmale eigenhändig erfüllt, sofern sein Wille dahin ging, nur eine fremde Tat zu unterstützen (BGHSt 2, 150, 156; 2, 169, 170; 4, 20, 21; 6, 226, 228; 6, 248, 249; 8, 70, 73; 18, 87, 89 ff.; BGH NJW 1951, 120 Nr 14; 1954, 1374, 1375 Nr. 17; BGH, Urteile vom 22.1.1963 - 1 StR 457/62 - , 10.12.1963 - 5 StR 432/63 - , 21.4.1967 - 4 StR 37/67 -). Es hat

auch nicht verkannt, daß dies nur ausnahmsweise der Fall ist, weil in der Regel derjenige, der eine Tat eigenhändig begeht, als Täter einzustufen ist (UA S. 26).

Von diesem Ausgangspunkt her legt das Schwurgericht in einer eingehenden Beweiswürdigung dar, daß es trotz deutlicher darauf hinweisender Ansatzpunkte nicht zu der Überzeugung einer Täterschaft des Angeklagten gelangen konnte, weil es bei ihm an einem eigenen Täterwillen fehlte, so daß er in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" nur als Gehilfe schuldig gesprochen werden konnte (UA S. 26 f; vgl. hierzu BGHSt 23, 204).

Diese Schlußfolgerung ist möglich; zwingend ist sie nicht, aber das braucht sie auch nicht zu sein (BGH NJW 1951, 325 Nr. 26; 1967, 359, 360 Nr. 10).

Auch die in der Entscheidung BGHSt 18, 87 niedergelegten Grundsätze stehen dem nicht entgegen. Nach der Überzeugung des Schwurgerichts war der Angeklagte, auch wenn er aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, keinesfalls der überzeugte willige Befehlsempfänger, der als Täter anzusehen ist, wenn er sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt. Bei dem Angeklagten handelte es sich vielmehr um einen einfachen Mann mit geringem Intelligenzgrad und wenig ausgeprägter Kritikfähigkeit, der der Übermacht der Staatsautorität nichts entgegenzusetzen vermochte und dem es bei seiner charakterlichen Struktur nur darum ging, die Maßnahmen seiner "Brotgeber" zu unterstützen (UA S. 27).

Die Revision der Staatsanwaltschaft war daher ebenfalls zu verwerfen.

Pfeiffer Loesdau Pikart

Zipfel Strickert

B. Strafrecht

a) BGH

16.† StGB § 27 c *(Berücksichtigung des beiseite geschafften Tatgewinnes bei Bemessung der Geldstrafe; Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Täters)*

a) Hat der Täter den aus der Tat gezogenen Gewinn in einer Weise beiseite geschafft, daß er darüber noch verfügen kann, so darf der Gewinn bei der Bemessung der Geldstrafe in voller Höhe berücksichtigt werden.

b) Auch bei der Bemessung der Geldstrafe nach § 27 c Abs. 2 StGB sind gemäß § 27 c Abs. 1 StGB die persönlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen. Dabei bleiben Ersatzansprüche, die sich auf den Tatgewinn beziehen, außer Betracht, wenn der Täter den Gewinn zu eigener Verfügung beiseite geschafft hat und über seinen Verbleib keine Angaben macht.

BGH, Urt. v. 18. 6. 1969 – 2 StR 96/69 (LG Fulda)

Aus den Gründen: Der Angeklagte hat über mehrere Jahre hinweg als Leiter eines kleinen Postamts veranlaßt, daß Geldbeträge, die von der Post im Wege der Nachnahme erhoben worden waren, vom zuständigen Postscheckamt statt auf die Konten der Auftraggeber auf sein eigenes Konto verbucht wurden; er hat dies dadurch bewerkstelligt, daß er die echten Nachnahme-Zahlkarten vernichtete und durch andere, von ihm selbst gefertigte und ihn als Empfänger ausweisende Zahlkarten ersetzte. Die StrK hat ihn deshalb wegen fortgesetzter Untreue in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit fortgesetztem Betrug in einem besonders schweren Fall und fortgesetzter Urkundenvernichtung im Amt in einem schweren Fall sowie außerdem wegen eines weiteren Betrugs und wegen Urkundenfälschung in zwei weiteren Fällen zu einer Gesamtstrafe von 4 Jahren und 3 Monaten Zuchthaus und einer Geldstrafe von 163 332 DM, ersatzweise für je 500 DM 1 Tag Zuchthaus verurteilt. Seine Revision, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt, bleibt erfolglos.

1. Die auf die Sachrüge vorgenommene Prüfung des Urteils läßt zu den Schuldsprüchen keinen den Angeklagten belastenden Rechtsfehler erkennen. Dabei ist nur zu erwähnen, daß auch die Verurteilung wegen Untreue i. S. der 2. Altern. des § 266 Abs. 1 StGB rechtlich nicht zu beanstanden ist. Der Angeklagte stand als Leiter eines Postamts zur Bundespost in einem Treueverhältnis, auf Grund dessen er die Pflicht hatte, Vermögensinteressen der Bundespost wahrzunehmen (vgl. *BGHSt.* 13, 315 = NJW 60, 53). Diese Pflicht hat er verletzt, indem er eingegangene Gelder nicht „ordnungsgemäß", sondern mit inhaltlich unrichtigen Begleitpapieren weitergeleitet und dadurch ihre Verbuchung auf ein falsches Konto veranlaßt hat. Hierdurch hat er die Post, die zu nochmaliger Auszahlung an die berechtigten Zahlungsempfänger verpflichtet war, geschädigt.

Der der Bundespost gegenüber begangene Betrug des Angeklagten war nicht, wie die Revision meint, nur straflose Nachtat der Untreue. Die StrK geht vielmehr zutreffend davon aus, daß Untreue und Betrug tateinheitlich zusammenfallen; denn das die Täuschungshandlung enthaltende Übersenden der inhaltlich unrichtigen Zahlkarten an das Postscheckamt war ein Teil der Pflichtverletzung i. S. des § 266 Abs. 1 StGB (vgl. *BGHSt.* 8, 254, 260 = NJW 56, 151).

2. Auch gegen Art und Höhe der gegen den Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen und die daraus gebildete Gesamtzuchthausstrafe bestehen keine Bedenken. Die Erwägungen, mit denen die StrK besonders schwere Fälle der Untreue und des Betrugs und einen schweren Fall der Urkundenvernichtung im Amt bejaht, sind frei von Rechtsfehlern. Die von der Revision dagegen erhobenen Einwendungen sind unbegründet.

Gleiches gilt für die Geldstrafe. Die StrK hat sie nach dem Betrag bemessen, den nach ihrer sicheren Überzeugung der Angeklagte von den veruntreuten Geldern beiseite geschafft hat und über den er noch verfügen kann. Das steht in Einklang mit § 27 c Abs. 2 StGB, wonach die Geldstrafe den Gewinn, den der Täter aus der Tat gezogen hat, nicht nur erreichen, sondern sogar übersteigen soll. Daß dieser Gewinn bei der Bemessung der Geldstrafe selbst dann berücksichtigt werden kann, wenn ihn der Täter bereits verbraucht hat, ist in Rechtsprechung und Rechtslehre nicht streitig (vgl. JAGUSCH in *LK*, 7. Aufl., § 27 c StGB Anm. 3 b mit Nachweisen); auch der Senat teilt diese Auffassung. Um so mehr muß dann die Geldstrafe nach der Höhe des Gewinns ausgerichtet werden können, wenn dieser sich noch im Vermögen des Täters befindet.

Auch § 27 c Abs. 1 StGB, der in jedem Fall, also auch bei Bemessung einer Geldstrafe nach § 27 c Abs. 2 StGB zu beachten ist, steht hier der Höhe der Strafe nicht entgegen. Da sich die durch die strafbaren Handlungen erlangten 163 332 DM, zu deren Zahlung der Angeklagte verurteilt worden ist, nach den Feststellungen der StrK noch in seinem Vermögen befinden, kann er sie entrichten, ohne dadurch in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen beeinträchtigt zu werden. Drohende Ersatzansprüche der Bundespost müssen dabei unberücksichtigt bleiben, weil sie ohne Einverständnis des Angeklagten nicht durchgesetzt werden können, dieser aber über den Verbleib des Geldes keine Auskunft gibt. Es geht nicht an, dem Täter die ungehinderte, mit keinen Nachteilen verbundene Verfügungsmöglichkeit über den aus der Tat gezogenen Gewinn zu belassen. Diese Folge aber träte ein, wenn der Angeklagte nicht nur nicht zur Erfüllung der Ersatzansprüche gezwungen werden könnte, sondern auch noch von einer Geldstrafe in Höhe des aus der Tat gezogenen Gewinns freigestellt würde.

Im übrigen kann Schwierigkeiten, die entstehen mögen, wenn gegen den Angeklagten Ersatzansprüche hinsichtlich der beiseite geschafften 163 332 DM geltend gemacht werden, in jedem Fall nach §§ 28 a Abs. 2, 29 Abs. 6 StGB begegnet werden.

3. Schließlich wird der Bestand des Strafausspruchs auch nicht dadurch gefährdet, daß die von der StrK verhängte Ersatzfreiheitsstrafe die Geldstrafe von 163 332 DM nicht voll erfaßt. Das beschwert nämlich den Angeklagten nicht, sondern führt im Ergebnis nur dazu, daß im Fall der Uneinbringlichkeit für den verbleibenden Restbetrag von 332 DM keine Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt werden kann. *S.*

Anm. d. Schriftltg.: Zu der oben zit. Entsch. *BGHSt.* 8, 254 = NJW 56, 151 findet sich daselbst eine Anm. von BRUNS, die weiter zit. Entsch. *BGHSt.* 13, 315 = NJW 60, 53 ist bei LM Nr. 32 zu § 266 StGB von KOHLHAAS besprochen. Zu § 27 c StGB vgl. auch SCHOENE in NJW 68, 635 u. OLG *Hamm* in NJW 68, 2255.

17.† StGB §§ 50 (n. F.), 211 *(Absicht der Strafverdeckung als besonderes persönliches Merkmal)*

Die Absicht, eine andere Straftat zu verdecken, ist ein besonderes persönliches Merkmal des Mörders. Ihr steht ein anderer niedriger Beweggrund des Gehilfen gleich.

BGH, Urt. v. 15. 7. 1969 – 5 StR 704/68 (SchwurG Hamburg)

Aus den Gründen: Der Angeklagte K. führte als SS-Hauptsturmführer das Sonderkommando 1005 Mitte. Diesem gehörte der Angeklagte G. an, der Revierleutnant, später Revieroberleutnant der Schutzpolizei war. Der Angeklagte D., Oberwachtmeister der Schutzpolizei, nahm die Aufgaben des Hauptfeldwebels und Rechnungsführers der Einheit wahr. Diese war im Oktober 1943 aufgestellt worden und hatte die streng geheime Aufgabe, jüdische Massengräber in den besetzten Ostgebieten durch Verbrennung der Leichen zu beseitigen. Das geschah bis August 1944 an verschiedenen Orten in Weißrußland und Polen. Als Arbeitskräfte wurden einheimische Zivilgefangene herangezogen. Ihnen wurde versprochen, man werde ihnen die Freiheit zurückgeben, sobald die Arbeit an dieser Stelle beendet sei. Sie wurden dann aber der Geheimhaltung wegen befehlsgemäß getötet. Das geschah entweder in Gaswagen oder durch Erschießen oder durch Sprengung ihres Unterkunftbunkers.

Das SchwurG verurteilte die Angeklagten wegen mehrfacher Morde zu lebenslangem Zuchthaus, und zwar K. in drei, G. in vier und D. in acht Fällen. Diese Morde, ausgenommen einen Fall des Angeklagten D., sind stets an mehreren Menschen zugleich verübt worden. Außerdem verhängte das SchwurG gegen jeden Angeklagten wegen einiger Fälle der Beihilfe zum Mord, bei den Angeklagten K. und G. in je einem Falle in Tateinheit mit Totschlag, eine Gesamtstrafe von 15 Jahren Zuchthaus.

Die Revisionen beanstanden das Verfahren und rügen Verletzung des sachlichen Rechts.

. . . C. . . . II. 1. Die sachlich-rechtlichen Angriffe der Revision sind unbegründet, soweit sie sich nicht überhaupt unzulässigerweise von den festgestellten Tatsachen entfernen. Dem SchwurG ist insbesondere darin beizutreten, daß der Angeklagte D. nicht Gehilfe, sondern Täter war, soweit er ohne Befehl eigenhändig an Tötungshandlungen mitwirkte. Er tat dies, wie das SchwurG auf Grund einer eingehenden Untersuchung feststellt, zu dem Zweck, sich Ansehen und Einfluß innerhalb des Kommandos zu verschaffen und zu erhalten. Das SchwurG führt in rechtlich zutreffender Weise aus, daß dieser Beweggrund, sich freiwillig am Erschießen unschuldiger Menschen zu beteiligen, niedrig ist.

2. Soweit die Revision im einzelnen nichts vorbringt, ergibt die sachlich-rechtliche Prüfung des Urteils ebenfalls kein durchgreifendes Bedenken. Das braucht nur im folgenden Punkte begründet zu werden. Der Angeklagte D. ist wegen Beihilfe zum Morde unter anderem deshalb verurteilt worden, weil er Ende Januar 1944 bei S. mit den beiden ranghöheren Mitangeklagten zugegen war, als drei russische Zivilgefangene erschossen wurden. Ihre Tötung wertet das SchwurG als Mord, weil sie eine andere Straftat verdecken sollte. Der Angeklagte D. wußte dies, hatte aber selbst keine solche Absicht. Trotzdem ist seine Strafverfolgung wegen dieses Falles nicht verjährt. Die erste richterliche Handlung gegen ihn war zwar die Verfügung des Untersuchungsrichters v. 31. 7. 1962. Hier liegt aber nicht, wie in der Entscheidung des Senats v. 20. 5. 1969 (NJW 69, 1181 = MDR 69, 587), ein Fall des § 50 Abs. 2 (n. F.) StGB vor.

Die Absicht, eine andere Straftat zu verdecken, ist allerdings ein besonderes persönliches Merkmal des Mörders. „Das Gesetz findet hier", wie der *BGH* schon früher ausgesprochen hat, „die besondere Verwerflichkeit der Tötung, wie bei der ersten Fallgruppe des § 211 Abs. 2 StGB, in der Niedrigkeit des Beweggrundes; niedrig deshalb, weil der Täter das Leben eines Mitmenschen so sehr mißachtet, daß er seine Vernichtung als Mittel zur Verdeckung eigenen strafbaren Tuns einsetzt" (*BGHSt.* 11, 226, 228 = NJW 58, 717). Diese Absicht der Täter teilte zwar der Angeklagte D. nicht. Er handelte aber nach den Feststellungen des SchwurG in allen Fällen, in denen er verurteilt worden ist, also auch in diesem, aus einem anderen niedrigen Beweggrund. Bei ihm lag also da die Verdeckungsabsicht ein Sonderfall niedriger Beweggründe ist, ein persönliches Mordmerkmal gleicher Art wie bei den Tätern vor. Hierauf hat der Bundesanwalt, der die Verdeckungsabsicht für ein „tatbezogenes" Merkmal hält, in einer Hilfsbegründung mit Recht hingewiesen. Der § 50 Abs. 2 (n. F.) StGB ist daher hier nicht anzuwenden. *S.*

Anm. d. Schriftltg.: Die oben zit. Entsch. *BGHSt.* 11, 226 = NJW 58, 717 ist bei LM Nr. 42 zu § 211 StGB von Busch besprochen. Zu der weiter zit. Entsch. des *BGH* in NJW 69, 1181 beachte die Stellungnahme des Generalbundesanwalts in NJW 69, 1157; vgl. zu dieser Problematik weiter Jacobs in NJW 69, 489 u. Schröder in JZ 69, 132.

b) Andere Strafgerichte

18. *StGB § 142* *(Verkehrsunfall im ruhenden Verkehr; keine Pflicht des Unfallverursachers zum Hinweis auf den verursachten Schaden)*

a) Auch ein Schadensereignis im ruhenden Verkehr kann ein Verkehrsunfall i. S. des § 142 StGB sein.

b) Wer ein geparktes Fahrzeug beschädigt, ist nach § 142 StGB nur zum Warten, nicht aber dazu verpflichtet, den Eigentümer bei dessen Eintreffen an der Unfallstelle auf den Schaden und damit auf den Unfall aufmerksam zu machen; dies auch dann nicht, wenn der Schaden bei flüchtigem Hinsehen überhaupt nicht entdeckt werden würde.

OLG STUTTGART, Urt. v. 30. 4. 1969 – 1 Ss 710/68

Aus den Gründen: I. Der Angeklagte wurde durch Urteil des AG v. 8. 9. 1967 wegen einer Verkehrsübertretung zu 40 DM Geldstrafe und wegen Unfallflucht (§ 142 StGB) zu 200 DM Geldstrafe verurteilt. In der Folge verjährte die Übertretung, da der Amtsrichter mindestens 8 Monate hindurch das Verfahren durch nichts mehr förderte: Obwohl der Angeklagte form- und fristgerecht Revision eingelegt hatte, setzte er die Urteilsgründe so sehr verspätet ab, daß das Urteil dem Angeklagten erst am 18. 10. 1968, also nach über einem Jahr, zugestellt werden konnte. Deswegen stellte der Vertreter (oder Nachfolger) im Referat das Verfahren insoweit am 30. 8. 1968 wegen Verjährung ein. Seitdem betrifft die Revision, mit der die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts gerügt wird, nur noch die Verurteilung wegen Unfallflucht.

II. Den Feststellungen des Amtsrichters ist folgender Sachverhalt zu entnehmen:

Im Januar 1967 fuhr der Angeklagte mit dem Lastzug seiner Firma nach S., wo dieser in einem Rückgebäude entladen werden sollte. Dem Angeklagten war es jedoch nicht möglich, das Fahrzeug dorthin zu bringen, weil unmittelbar vor und hinter dieser Einfahrt parkende Wagen standen und der Zwischenraum zur Durchfahrt nicht ausreichte. Der Angeklagte ließ daher durch seinen Beifahrer zunächst etwa eine halbe Stunde lang in den angrenzenden Häusern nach dem Fahrer des unmittelbar vor der Einfahrt abgestellten Pkw „Borgward" suchen. Da dies ergebnislos blieb, stellte der Angeklagte seinen Lkw in der zweiten Reihe neben dem Borgward ab, um ihn von hier aus zu entladen. Infolge einer Unachtsamkeit des Angeklagten klappte die linke Bordwand plötzlich herunter und schlug auf den Kofferraum des Borgward. Dabei entstand eine etwa 20 × 20 cm große und bis 1 cm tiefe Einbeulung, deren Beseitigung 159 DM kostete. Der Angeklagte bemerkte diesen Schaden und lud nunmehr den Lkw ab. Als dies eine halbe Stunde später beendet war, fragte er seinen Beifahrer, was wegen der Beschädigung des Pkw zu tun sei, ohne jedoch von ihm einen Ratschlag zu erhalten. Er fuhr daher mit dem Lkw weiter, ohne sich um das Schicksal des beschädigten Borgward zu kümmern.

III. Das angefochtene Urteil kann aus mehreren Gründen keinen Bestand haben.

1. Vorab ist zu bemängeln, daß der Erstrichter den Schädiger über die in § 142 StGB statuierte Wartepflicht hinaus für verpflichtet hält, den Geschädigten bei dessen Eintreffen auf die Tatsache der Beschädigung hinzuweisen, wenn – wie hier – der Schaden nicht ohne weiteres zu erkennen ist. Die Vorschrift verbietet lediglich, sich bestimmten Ermittlungen durch die Flucht zu entziehen; eine Verpflichtung, durch positive Handlungen irgendwelcher Art den Feststellungsinteressen der Unfallbeteiligten zu genügen, besteht nicht (vgl. *BGHSt.* 7, 112 [117] = NJW 55, 472 [473]). Wer nur am Unfallort verbleibt, genügt seiner Wartepflicht also auch dann, wenn er die Betroffenen nicht davon in Kenntnis setzt, daß durch einen Verkehrsunfall ihre Interessen beeinträchtigt worden sind.

Das angefochtene Urteil beruht freilich nicht auf diesem Rechtsfehler, da es dem Angeklagten letztlich nur zur Last legt, er habe nicht hinreichend lange am Unfallort gewartet und damit seiner Wartepflicht nicht genügt.

2. Die Auffassung des Amtsrichters, der Angeklagte habe schuldhaft nicht lange genug gewartet und sich deshalb eines Vergehens nach § 142 StGB schuldig gemacht, wird von den Feststellungen jedoch nicht getragen.

Zuzustimmen ist dem Erstrichter darin, daß er das Hinunterklappen der Bordwand des parkenden Lkw, durch das ein parkendes Fahrzeug beschädigt wurde, als „Verkehrsunfall" i. S. des § 142 StGB angesehen hat. Die in der Rechtsprechung ständig wiederkehrende Definition des Begriffs „Verkehrsunfall" als eines plötzlichen Ereignisses im öffentlichen Verkehr, das mit den Gefahren des Verkehrs in ursächlichem Zusammenhang steht und einen nicht unerheblichen Personen- oder Sachschaden zur Folge hat (vgl. *RGSt.* 75, 360; *BGHSt.* 8, 263 [264] = NJW 55, 1078; *BGHSt.* 12, 253 [255] = NJW 59, 394), gibt allerdings auf diese Frage noch keine Antwort, da immerhin zweifelhaft sein kann, wann ein Ereignis „mit den Gefahren des Verkehrs in ursächlichem Zusammenhang steht". Das Gesetz hat z. B. in § 7 StVG dem Halter eines Kraftfahrzeugs die Haftung für einen Unfall nur dann auferlegt, wenn sich dieser „beim Betrieb" eines Fahrzeugs ereignet hat, und damit eine Beziehung des Unfalls zum fließenden Verkehr

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

1 StR 299/70

URTEIL

in der Strafsache

gegen

den ehemaligen Kaufmann Helmut S c h n a b e l
aus Hannover, geboren am 26. August 1912 in Haselbach,
Kreis Altenburg (Thüringen),

- Sachbezeichnung: Kruth u.a. -

wegen versuchten Mordes

UI - 142 -

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 22. September 1970, an der teilgenommen haben:

Bundesrichter Loesdau
als Vorsitzender,
Bundesrichter Dr. Mösl
Bundesrichter Pikart
Bundesrichter Zipfel
Bundesrichter Meise
als beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. Kohlhaas in der Verhandlung,
Landgerichtsrat Dr. Müller bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Steinacker aus Frankfurt
als Verteidiger,
Justizangestellter Wiedmann
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten Schnabel gegen das Urteil des Schwurgerichts bei dem Landgericht Ulm (Donau) vom 8. September 1969 wird verworfen. Jedoch wird bei ihm und dem Mitangeklagten Kruth der Strafausspruch dahin berichtigt, daß an die Stelle der verhängten Zuchthausstrafen Freiheitsstrafen von gleicher Dauer treten. Zugleich ist beiden Angeklagten für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit aberkannt, öffentliche Ämter zu bekleiden.

Der Beschwerdeführer Schnabel hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e:

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes zu einer Zuchthausstrafe von sechs Jahren verurteilt. Ihm ist zur Last gelegt worden, Anfang September 1943 als Kommandoführer des Konzentrationslagers Vivikoni II (Estland) einen unbekannten jüdischen Häftling mit bedingtem Tötungsvorsatz in schwerster Weise - Fußtritte in die Halspartie - mißhandelt zu haben. Wegen desselben Schuldvorwurfs hatte bereits das Schwurgericht bei dem Landgericht Hechingen den Angeklagten am 18. März 1966 verurteilt. Das letztgenannte Urteil war auf die Revision des Angeklagten durch Beschluß des Senats vom 18. Juli 1967 (1 StR 687/66) aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben worden.

Die Revision des Angeklagten, mit der Verletzung formellen und sachlichen Rechts gerügt wird, bleibt nunmehr ohne Erfolg.

I. Verfahrensrügen

1. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, am Nachmittag des 26. Februar 1969 sei in Abwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers verhandelt worden, bedarf keiner Erörterung mehr; diese Rüge ist in der Hauptverhandlung zurückgenommen worden.

2. Die Revision rügt, daß der Zeuge Munic entgegen dem Antrag der Verteidigung, ihn nach § 61 Nr. 2 StPO unvereidigt zu lassen, unter Eid vernommen worden sei. Dieser Einwand greift nicht durch. Ob bei einem Verletzten, der als Zeuge vernommen worden ist, von der

Vereidigung abgesehen werden soll oder nicht, ist eine Frage des tatrichterlichen Ermessens, deren Entscheidung vom Revisionsgericht grundsätzlich nicht nachgeprüft werden kann (vgl. Kleinknecht, StPO 29. Aufl. § 61 Anm. 8). Anhaltspunkte für eine mißbräuchliche Handhabung der Ermessensfreiheit legt die Revision nicht dar.

3. Zu Unrecht beanstandet der Beschwerdeführer weiterhin die Verlesung der Niederschriften über die kommissarische Vernehmung der in den USA lebenden Zeugen Alwin und G. Winter vor den deutschen Generalkonsulaten in Chicago und New York. Da beide Zeugen erklärt hatten, sie seien aus gesundheitlichen Gründen nicht imstande, zur Hauptverhandlung zu erscheinen, hat das Schwurgericht zu Recht § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO angewandt. Eine nochmalige kommissarische Vernehmung der Zeugen von Amts wegen anzuordnen, lag keine erkennbare Veranlassung vor. Daher kommt auch eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht in Betracht.

4. Auch soweit die Revision die Ablehnung des in der Verhandlung vom 9. Juni 1969 gestellten Beweisantrags auf Vernehmung von zwölf weiteren Zeugen rügt, kann sie keinen Erfolg haben. Die von der Revisionsbegründung mitgeteilten Ablehnungsgründe - bereits erfolgte Vernehmung in der Hauptverhandlung (Kagan, Smukler), frühere Vernehmung und Verlesbarkeit der Aussagen (Weißstein, Dr. Fryd, Dercin, Nicinski, Wilenker, Orbach, J. Badanes, Drabkin, S. Stal), Wahrunterstellung (Dr. Genzel) - halten alle der rechtlichen Nachprüfung stand. Daß ein Beweisantrag

auf nochmalige Vernehmung eines bereits früher vernommenen Zeugen grundsätzlich auch mit der Begründung abgelehnt werden kann, daß einer der gesetzlichen Gründe für die Verlesung der Niederschrift über die erfolgte Vernehmung vorliege, ist anerkannten Rechts (RGSt 51, 20; 57, 322; BayObLG NJW 1960, 687; vgl. auch BGH GA 1961, 277). Eine Ausnahme erfährt dieser Grundsatz nur insofern, als die Aufklärungspflicht unter Umständen gebieten kann, den Zeugen noch einmal persönlich zu vernehmen, wenn das möglich und angesichts der Bedeutung der Beweisfrage unter Berücksichtigung der Hindernisgründe erforderlich erscheint. Anhaltspunkte für eine solche Ausnahme liegen hier aber nicht vor. Im Falle des Zeugen Dr. Genzel war das Gericht auch nicht gehindert, die Ablehnung des Beweisantrages mit einer veränderten Begründung zu wiederholen. Die hier schließlich vorgenommene Wahrunterstellung unterlag der freien Beweiswürdigung und verpflichtete das Gericht nicht, aus den unterstellten Tatsachen dieselben Schlüsse zu ziehen wie der Revisionsführer sie ziehen möchte.

5. Auch die Ablehnung des Beweisantrages auf Vernehmung des in Südafrika lebenden Zeugen Piatka unterliegt keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dieser Zeuge, von dem die Verteidigung annahm, daß er in der fraglichen Zeit Lageräl tester gewesen sei, sollte als solcher bekunden, daß der dem Angeklagten zur Last gelegte Vorfall sich nie ereignet habe. Der Vorsitzende des Schwurgerichts hatte zunächst erhebliche Anstrengungen unternommen, um den Zeugen für die Hauptverhandlung zu gewinnen oder ihn wenigstens zu veranlassen, sich für eine kommissarische Vernehmung durch das deutsche Generalkonsulat in Kapstadt zur Verfügung

zu stellen. Als diese Bemühungen alle vergeblich blieben - Piatka hatte jeder Vernehmung durch deutsche Stellen wegen der damit für ihn verbundenen seelischen Belastungen aus gesundheitlichen Gründen widersprochen -, entschied sich das Gericht dafür, den Beweisantrag wegen Unerreichbarkeit des Zeugen abzulehnen, wobei es ausführte, daß die Wahrnehmung der letzten noch offenen Möglichkeit, ein südafrikanisches Gericht um die Vernehmung des Zeugen zu ersuchen, zu einer auch im Hinblick auf die zweifelhaft gewordene Bedeutung der zu erwartenden Aussage unzumutbaren Verzögerung führen würde. Dieser Ablehnungsbeschluß wurde nach Eingang eines Schreibens vom 25. August 1969, in dem Piatka ganz entgegen dem Sinn des Beweisantrages über die Tätigkeit des Angeklagten im Lager Vivikoni II belastende Angaben gemacht hatte, ohne allerdings zur eigentlichen Beweisfrage etwas ausführen zu können, inhaltlich aufrechterhalten.

Dieses Verfahren kann entgegen der Ansicht der Revision rechtlich nicht beanstandet werden. Die Frage, ob ein ausländischer Zeuge, der es ungeachtet aller Bemühungen um seine Herbeischaffung endgültig ablehnt, sich von einem deutschen Gericht vernehmen zu lassen, als "unerreichbar" im Sinne des § 244 Abs. 3 StPO anzusehen ist, hat der Tatrichter unter besonderer Berücksichtigung seiner Aufklärungspflicht nach eigenem, pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden; dabei ist er nicht gehindert, auch auf die Bedeutung der erwarteten Aussage an sich und auf die mögliche Herabminderung ihres Wertes durch die besonderen Umstände einer kommissarischen Vernehmung Bedacht zu nehmen (vgl. BGHSt 13, 300 = BGH LM StPO § 244 Abs. 3 - Nr. 16 mit Anm. Geier; BGHSt 22, 118; BGH Urteil vom 9. Juli 1968 - 1 StR 254/68).

Ein Ermessensfehler ist nicht dargetan. Nachdem der Zeuge schriftlich erklärt hatte, daß er zwar im Herbst 1943 als gewöhnlicher Häftling - nicht als Lagerältester - in Vivikoni gewesen sei und von dem durch die Hauptbelastungszeugen Ancoli und Anolik geschilderten Vorfall nichts wisse, daß er anderseits aber auch nicht genauer sagen könne, wann er in das Lager gekommen sei, hatte die Verteidigung von ihm in den wesentlichen Punkten der Anklage keine Entlastung im Sinne des gestellten Beweisantrags zu erwarten. Nach dem Inhalt der mit ihm geführten Korrespondenz war vielmehr mit Sicherheit anzunehmen, daß Piatka den Angeklagten - zumindest im Hinblick auf andere Vorfälle und auf sein allgemeines Verhalten gegenüber den Häftlingen seines Lagers - ausschließlich belasten werde. Unter diesen Umständen konnte das Schwurgericht davon ausgehen, daß sich der mit dem allein noch möglichen Rechtshilfeverfahren verbundene materielle und zeitliche Aufwand selbst bei Berücksichtigung aller Belange des Angeklagten nicht lohnen würde.

6. Die Rüge, daß das Gericht das mit der Behandlung des Falles Piatka zusammenhängende Ablehnungsgesuch zu Unrecht zurückgewiesen habe, ist offensichtlich unbegründet. Die Mitteilung sachlich abgefaßter Beweisfragen an einen ausländischen Zeugen, die - wie hier - offensichtlich nur zu dem Zweck geschieht, über den Gegenstand des Verfahrens zu unterrichten, ist ohne weiteres vertretbar und deshalb nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Soweit der Beschwerdeführer bereits in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, indem er behauptet, von den hierzu eingeholten Äußerungen nicht rechtzeitig

informiert worden zu sein, setzt er sich in Widerspruch zum Hauptverhandlungsprotokoll, das die ordnungsgemäße Bekanntgabe der dienstlichen Äußerungen ausweist.

7. Soweit die Revision noch die Zurückweisung eines weiteren Ablehnungsgesuchs rügt, muß ihr Vorbringen ebenfalls erfolglos bleiben. Auch die Entgegennahme des schriftlichen staatsanwaltlichen Plädoyers durch das Gericht bot keinerlei Veranlassung, ernstlich an der Unparteilichkeit der Richter zu zweifeln. Im übrigen ist auch hier eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht dargelegt.

II. Sachrüge

Das Urteil hält zugleich der Sachbeschwerde stand.

Daß das Schwurgericht sich unter voller Berücksichtigung der Beweisschwierigkeiten, die sich der Aufklärung des weit zurückliegenden Tatgeschehens entgegenstellten, von der Täterschaft des Angeklagten im vorliegenden Fall überzeugt hat, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Auch die Beweiswürdigung zum inneren Tatbestand unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

Der gegen den Angeklagten ergangene Schuldspruch besteht daher zu Recht. Auch die Strafzumessung läßt keine Rechtsfehler erkennen. Nach alledem ist die Revision mit den aus Art. 95 Abs. 3 in Verb. mit Art. 89 Abs. 1 des 1. StrRG folgenden Maßgaben zu verwerfen.

Loesdau Mösl Pikart

(zugleich für Herrn Bundesrichter Meise, der wegen Urlaubs ortsabwesend und daher verhindert ist zu unterschreiben).

Zipfel

Sobibor

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

4 StR 47 - 48/69 **URTEIL**

in der Strafsache

gegen

1. den Schlosser Karl Werner D u b o i s aus Schwelm, geboren am 26. Februar 1913 in Wuppertal-Langerfeld,

2. den Vizebühnenmeister Karl August Wilhelm F r e n z e l aus Göttingen, geboren am 20. August 1911 in Zehdenick, Kreis Templin,

3. den Hilfsarbeiter Alfred I t t n e r aus Kulmbach (Bayern), dort geboren am 13. Januar 1907,

4. den Fliesenleger Erwin Hermann L a m b e r t aus Stuttgart-West, geboren am 7. Dezember 1909 in Schildow bei Berlin,

5. den Lagerhalter Franz W o l f aus Eppelheim bei Heidelberg, geboren am 9. April 1907 in Krummau (CSR),

6. den Kraftfahrzeugmeister Erich Fritz F u c h s aus Koblenz, geboren am 9. April 1902 in Berlin,

wegen Mordes und Beihilfe zum Mord

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Hauptverhandlung vom 18. März 1971 in der Sitzung vom 25. März 1971, an denen teilgenommen haben:

Senatspräsident Meyer
als Vorsitzender,
Bundesrichter Börtzler
Bundesrichter Dr. Dr. Spiegel
Bundesrichter Hürxthal
Bundesrichter Salger
als beisitzende Richter,
Oberstaatsanwältin Hofmann in der Verhandlung,
Bundesanwalt Arnold bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Reintzsch, Hagen,
Rechtsanwalt Friebertshäuser, Hagen,
als Verteidiger für den Angeklagten Frenzel,
Rechtsanwalt Dr. Pannenbecker, Düsseldorf,
als Verteidiger für den Angeklagten Lambert,
Rechtsanwalt Dr. Ingo Klinkhardt, Dortmund,
als Verteidiger für den Angeklagten Wolf
- alle Verteidiger nur an der Verhandlung - ,
Justizangestellter Zink
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Angeklagten Dubois, Frenzel, Ittner, Lambert und Wolf sowie die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Hagen vom 20. Dezember 1966, desgleichen die Revision

des Angeklagten Fuchs gegen das ihn betreffende weitere Urteil dieses Gerichts vom gleichen Tage werden verworfen.

Jedoch werden die Urteilssprüche dahin berichtigt, daß

a) an die Stelle der Zuchthausstrafen Freiheitsstrafen von gleicher Dauer treten,

b) die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wegfällt und

c) die Angeklagten für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit verlieren, öffentliche Ämter zu bekleiden.

2. Jeder Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft, einschließlich der dem Angeklagten Wolf dadurch entstandenen notwendigen Auslagen, fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat die Angeklagten durch zwei am selben Tag erlassene Urteile wie folgt verurteilt:

1. den Angeklagten Frenzel unter Freisprechung im übrigen wegen gemeinschaftlichen Mordes an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 150.000 Menschen, und wegen Mordes in weiteren neun Fällen zu lebenslangem Zuchthaus;

2. den Angeklagten Wolf unter Freisprechung im übrigen wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 39.000 Menschen, zu acht Jahren Zuchthaus;

3. den Angeklagten Ittner wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 68.000 Menschen, zu vier Jahren Zuchthaus;

4. den Angeklagten Dubois unter Freisprechung im übrigen wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 15.000 Menschen, zu drei Jahren Zuchthaus;

5. den Angeklagten Lambert wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 57.000 Menschen, zu drei Jahren Zuchthaus;

6. den Angeklagten Fuchs wegen einer gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord an einer unbestimmten Vielzahl, mindestens an 79.000 Menschen, zu vier Jahren Zuchthaus.

Soweit die Angeklagten zu zeitiger Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, ist ihnen die erlittene Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet worden. Das Schwurgericht hat den Angeklagten ferner die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, und zwar Frenzel auf Lebenszeit, den übrigen Angeklagten auf die Dauer der jeweils ausgesprochenen Freiheitsstrafe.

Die Angeklagten haben nach den Feststellungen des Schwurgerichts als Angehörige der Wachmannschaft in dem Vernichtungslager Sobibor in Polen an der Massentötung von Juden mitgewirkt. Die Massenvernichtung diente der von Hitler, Göring, Himmler und Heydrich befohlenen "Endlösung der Judenfrage", welche die Vernichtung der Juden im deutschen Einflußbereich vorsah. In Ausführung dieses Befehls wurden im Distrikt Lublin des sog. Generalgouvernements unter der Bezeichnung "Aktion Reinhard" in den drei Vernichtungslagern Belzec, Sobibor und Treblinka vorwiegend Juden aus Polen umgebracht, davon in Sobibor mindestens 150.000 Menschen. Getötet worden sind die im wesentlichen mit Eisenbahnzügen dorthin gebrachten Juden in der Weise, daß sie in Gaskammern getrieben und dort durch Motorenabgase vergiftet wurden. Die Einzelheiten der Massentötungen waren durch den SS- und Polizeiführer im Distrikt Lublin, SS-Gruppenführer Globocnik, und seine Mitarbeiter, insbesondere den SS-Obersturmführer Wirth, den späteren Inspekteur der drei Vernichtungslager, genau festgelegt. Einzelne Juden wurden auch auf andere Weise, so durch Erschießen und Erschlagen, umgebracht.

Gegen die Urteile haben die jeweils betroffenen Angeklagten, soweit sie für schuldig befunden wurden, Revision eingelegt. Sie rügen Verletzung des sachlichen Rechts, mit Ausnahme des Angeklagten Dubois beanstanden sie ferner das Verfahren. Soweit die Entscheidung den Angeklagten Wolf betrifft, hat auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt; sie erstrebt mit der Sachbeschwerde die Verurteilung dieses Angeklagten als Mittäter - nicht nur als Gehilfen - an den Mordtaten.

Der Senat hat die Sachen zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung über die Revisionen gemäß § 237 StPO verbunden.

A) Verfahrensvoraussetzungen

I. Verjährung

Die Strafverfolgung ist wegen keiner der den Angeklagten vorgeworfenen Taten verjährt, und zwar ohne daß es hierbei auf die späteren Verlängerungen der Verjährungsfrist ankommt.

Bedenken in dieser Hinsicht werden auch nur vom Angeklagten Lambert erhoben. Er zieht die Gültigkeit der sog. Gewaltverbrecher-Verordnung vom 5. Dezember 1939 in Zweifel, aus deren § 4 sich bei ihm als Höchstmaß der angedrohten Strafe lebenslange Freiheitsstrafe ergibt. Demgegenüber genügt es, auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu verweisen (vgl. u.a. BGH NJW 1962, 2209 sowie die Urteile vom 2. Oktober 1963 - 2 StR 269/63 - und 25. November 1964 - 2 StR 71/64 -).

Die Neufassung des § 50 Abs. 2 StGB, die nach einer Entscheidung des 5. Strafsenats (BGHSt 22, 375) bei Beihilfe zu einem aus niedrigen Beweggründen begangenen Mord dann, wenn nicht auch der Gehilfe aus niedrigen Beweggründen handelt, Anwendung findet, was eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf 15 Jahre ab 8. Mai 1945 zur Folge hat, ist hier ohne Bedeutung, da die Tötungen ganz überwiegend auch grausam waren.

II. Verbrauch der Strafklage

Die Strafklage gegen die Angeklagten Dubois, Fuchs und Lambert ist nicht verbraucht. Dubois und Fuchs waren

außer in Sobibor noch in dem Vernichtungslager Belzec, Lambert noch in Treblinka tätig. Wegen dieser Tätigkeiten sind Dubois und Fuchs im sog. Belzecverfahren rechtskräftig außer Verfolgung gesetzt worden (Beschlüsse des LG München I vom 30. Januar 1964 und des OLG München vom 22. Juli 1964), während der Angeklagte Lambert im inzwischen rechtskräftig abgeschlossenen sog. Treblinkaverfahren wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord zu vier Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (Urteile des Schwurgerichts Düsseldorf vom 3. September 1965 und des BGH vom 30. Juni 1970 - 3 StR 17/68 -).

Ein Verbrauch der Strafklage könnte hierdurch nur eingetreten sein, wenn es sich bei den Handlungen der drei Angeklagten in den jeweils zwei Vernichtungslagern um dieselbe Tat i.S. von § 264 StPO handelte. Tat in dieser Hinsicht ist das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch den Eröffnungsbeschluß bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet (BGHSt 23, 141, 145).

1. Unter diesen Begriff der Tat würden die Beihilfehandlungen der drei Angeklagten in den Lagern Belzec und Sobibor bzw. Treblinka und Sobibor ohne weiteres fallen, wenn es sich jeweils sachlich-rechtlich um eine einheitliche Tat handelte. Das ist jedoch weder unter dem Gesichtspunkt der natürlichen noch unter dem der rechtlichen Handlungseinheit der Fall. Dabei ist, was die Revisionsbegründungen teilweise verkennen, für die Frage nach Tateinheit und Tatmehrheit nicht auf das Handeln des oder der Haupttäter abzustellen. Tat i.S. der §§ 73, 74 StGB ist für den Gehilfen nämlich nicht die

Haupttat, sondern sein eigener Tatbeitrag (RGSt 70, 344, 349; BGH MDR 1957, 266; BGH, Urteil vom 22. Januar 1963 - 1 StR 457/62 -). Es kann deshalb dahinstehen, ob das Verhalten der Haupttäter (Hitler, Himmler, Heydrich, Globocnik u.a.) als eine Tat anzusehen ist.

a) Fortsetzungszusammenhang hinsichtlich der Beihilfehandlungen kommt hier schon wegen des höchst persönlichen Charakters der verletzten Rechtsgüter (Straftaten gegen das Leben) nicht in Betracht. Das hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen (BGHSt 2, 246, 247; LM § 343 StGB Nr. 3; § 253 StGB Nr. 7; auch BGH NJW 1951, 666). Die Ausführungen der Revision des Angeklagten Dubois geben keine Veranlassung, davon abzugehen.

b) Aber auch eine sog. natürliche Handlungseinheit liegt nicht vor. Sie wird "durch einen solchen unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen, strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen gekennzeichnet, daß sich das gesamte Tätigwerden an sich (objektiv) auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht" (BGHSt 4, 219, 220; GA 1965, 373).

Dieser Zusammenhang besteht zwischen den Tätigkeiten der drei Angeklagten in verschiedenen Lagern nicht, mögen die Tätigkeiten auch mehr oder weniger gleich geartet gewesen sein. Schon nach dem äußeren Anschein ergibt sich das Bild von drei selbständigen Lagern, die organisatorisch und räumlich weit voneinander getrennt waren und ihr eigenes Schicksal hatten. Wohl gab es eine übergeordnete Dienststelle in Lublin. Dort war jedoch keiner der drei Ange-

klagten beschäftigt. Sie unterstanden vielmehr bei ihrer Tätigkeit jeweils dem zuständigen Lagerkommandanten. Das gilt auch für den Angeklagten Lambert. Dieser wurde zwar, seiner Stellung als "fliegender Baumeister" entsprechend, öfter als die anderen Angeklagten von Wirth mit verschiedenen Bauaufgaben beauftragt. Bei seiner Arbeit in Sobibor unterstand er jedoch auch der Befehlsgewalt des Lagerkommandanten Reichleitner. Lambert hat auch nicht etwa nur Gaskammern in den Lagern errichtet, sondern Aufträge "höchst unterschiedlicher Art" (UA S. 365) an den verschiedensten Stellen ausgeführt.

Unter diesen Umständen wäre die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit höchstens dann gerechtfertigt, wenn den Tätigkeiten der drei Angeklagten der einheitliche Willensentschluß zugrunde gelegen hätte, in gleicher Weise in Belzec bzw. Treblinka und in Sobibor Tötungshandlungen vorzunehmen oder dazu beizutragen. Das war jedoch nicht der Fall. Nach den Urteilsgründen wurden zwar alle Angehörigen der "Aktion Reinhard" zu Beginn der Vernichtungsaktion generell durch führende Funktionäre zur strengen Geheimhaltung ihrer Tätigkeit verpflichtet. Über "den Zweck der Läger, in die sie kamen,und die Einzelheit ihres Dienstes dort", wurden sie hierbei jedoch nicht belehrt; sie waren nur "bruchstückweise informiert, erst nach und nach erfuhren sie mehr". Schon das schließt aus, wie das Schwurgericht irrtumsfrei ausführt, daß die Angeklagten schon während ihrer Beihilfehandlung in Belzec (Dubois, Fuchs) oder Treblinka (Lambert) den Entschluß hätten fassen können, auch in Sobibor entsprechende Handlungen zu begehen. Hinzu kommt, daß sie in einer Weise eingesetzt wurden, die für sie nicht vorhersehbar war und

auf die sie keinen Einfluß nehmen konnten. Sie hatten keine Möglichkeit, "sich etwa ein Lager auszusuchen oder Wirth um Abstellung in ein bestimmtes Lager zu bitten". Der allgemeine Entschluß der Angeklagten, als Untergebene jeden Befehl zu befolgen und jeden von ihnen verlangten Posten auszufüllen, stellt noch keinen einheitlichen Willensentschluß der gekennzeichneten Art dar. Für den Einsatz der Angeklagten war auch kein einheitlicher, den ganzen Zeitraum ihrer Tätigkeit in den verschiedenen Lagern umfassender Befehl maßgebend. Sie wurden vielmehr stets auf Grund eines besonderen Befehls oder Auftrags eingesetzt, der auf ihrer Seite über die allgemeine Bereitschaft zum befehlsgemäßen Handeln hinaus einen neuen Entschluß erforderte.

2. Auch mehrere sachlich-rechtlich selbständige Taten können allerdings als einheitliche Tat im Sinne des Prozeßrechts gemäß § 264 StPO anzusehen sein. Die Tätigkeit der drei Angeklagten in Belzec, Sobibor und Treblinka stellt jedoch auch prozeßrechtlich jeweils ein besonderes Geschehen dar. Die Anklagebehörde hat in Kenntnis des Zusammenhangs zwischen den im Rahmen der "Aktion Reinhard" im Distrikt Lublin errichteten drei Vernichtungslagern Anklage zu drei verschiedenen Gerichten erhoben, um eine getrennte Verhandlung des aus tatsächlichen Gründen ohnehin schwer zu überschauenden Prozeßstoffes zu ermöglichen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zwar sollen die Sperrwirkungen des § 264 StPO und des Art. 103 GG vermeiden, daß sich ein Angeklagter gegen denselben Vorwurf mehrfach verteidigen muß. Jedoch muß andererseits auch verhindert werden, daß eine zu umfassende Rechtskraft einer vernünftigen und zweckmäßigen Aufteilung von

Verfahren entgegensteht (BGH, Urteil vom 12. Juli 1955 - 5 StR 130/55 -). Die Aufteilung darf nur nicht als "unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs" empfunden werden (BGHSt 23, 141, 147).

Die Staatsanwaltschaft hat folgende Gliederung vorgenommen:

a) Im Belzecverfahren wird im einleitenden Absatz des Anklagesatzes kurz die geschichtliche Situation dargelegt, die zu der Einrichtung von Vernichtungslagern im Raum Lublin geführt hatte. Schon im zweiten Absatz und im folgenden beschränken sich die Ausführungen ausdrücklich auf "eines der drei von Globocnik eingerichteten Vernichtungslager", nämlich Belzec, in dem (u.a.) Dubois und Fuchs Dienst taten. Alsdann werden die einzelnen im Lager Belzec verübten Taten geschildert. Dieser Beschränkung folgen die die Eröffnung ablehnenden und die Angeklagten außer Verfolgung setzenden Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts München vom 30. Januar und 22. Juli 1964.

b) Im Treblinkaverfahren heißt es zwar in der Anklage (und ihr folgend im Eröffnungsbeschluß) einleitend, die Angeklagten (u.a. der Angeklagte Lambert) würden angeklagt, "zu Treblinka und an anderen Orten in Polen in den Jahren 1941 bis 1944" Beihilfe zu Mordtaten in einer Vielzahl von Fällen geleistet zu haben. Das wird hinsichtlich des Angeklagten Lambert jedoch sogleich dahin konkretisiert, daß er (und drei andere Angeklagte) als Angehöriger der Wachmannschaft des Vernichtungslagers Treblinka, in dem vom 23. Juli 1942 bis Oktober 1943 etwa 700.000 Juden durch Gas getötet worden seien, Handlungen vorgenommen habe, die diese Tötungen selbst

bewirkt oder aber ihrer Vorbereitung und planmäßigen Abwicklung gedient haben.

c) Demgemäß ist die Anklage im vorliegenden Verfahren auf Vorgänge "in Sobibor, Kreis Chelm, Distrikt Lublin (Polen)", und zwar auf die Zeit von "Juni oder Juli 1943 an bis zum 14. Oktober 1943" (Dubois), "einige Wochen in den Monaten April und Mai 1942" (Fuchs) und "etwa drei Wochen im Herbst 1942" (Lambert), beschränkt.

In diesem Vorgehen der Staatsanwaltschaft ist eine vernünftige, zweckmäßige Aufteilung und keine "unnatürliche Aufspaltung" zu sehen. Bei der strafrechtlichen Beurteilung des Geschehens, bei dem die Angeklagten mitgewirkt haben, ist weniger vom individuellen Schicksal des einzelnen Angeklagten, als vielmehr von objektiv faßbaren, überschaubaren Komplexen auszugehen. Die Schuld jedes einzelnen von ihnen kann nur im Rahmen eines eng umgrenzten räumlichen oder organisatorischen Bezirks, etwa eines großen Vernichtungslagers, nicht aber im Gesamtrahmen der "Endlösung der Judenfrage" oder auch nur der "Aktion Reinhard" strafrechtlich erfaßt werden. Das hat die Anklage getan, indem sie sich auf jeweils ein Vernichtungslager beschränkte. Jedes der drei Lager war im Rahmen der Gesamtaktion eine selbständige Vernichtungsorganisation, auch wenn die einzelnen Geschehensabläufe in den Lagern miteinander vergleichbar und ähnlich waren. Diese Gleichartigkeit und das gleiche Ziel, dem die Lager dienten, hindert jedoch nicht, daß die Beschuldigungen, sich in Belzec, in Sobibor und in Treblinka der Beihilfe zum Mord schuldig gemacht zu haben, jeweils für sich allein abgeurteilt werden können. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Beihilfehandlung des Angeklagten

Lambert in Sobibor zwischen seinen zweiten und dritten Treblinkaaufenthalt fällt. Dabei kann dahinstehen, ob in jenem Verfahren zu Recht eine Tat im sachlichrechtlichen Sinne angenommen worden ist, wodurch der Angeklagte übrigens nicht beschwert sein würde. Angesichts der auf objektive Kriterien abzustellenden Betrachtungsweise ist das für die Frage, ob seine Tätigkeit in beiden Lagern als eine Tat im prozessualen Sinne anzusehen ist, ohne Bedeutung.

Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Revision auch, daß im Belzec- und Treblinkaverfahren die Tätigkeit der Angeklagten in Sobibor miterwähnt ist, wie das umgekehrt im Sobiborverfahren für ihren Aufenthalt in Belzec oder Treblinka gilt. Daß ein anderweitiges strafrechtliches Verhalten zum besseren Verständnis der Gesamtumstände in der Anklage oder im Eröffnungsbeschluß mitaufgeführt wird, schafft nicht den nach § 264 StPO zu fordernden engen sachlichen Zusammenhang von mehreren selbständigen Straftaten (BGHSt 13, 21, 25).

Die im Zusammenhang mit der Behauptung des Verbrauchs der Strafklage vom Angeklagten Lambert erhobene Aufklärungsrüge dringt nicht durch. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht kann nicht damit begründet werden, daß einem in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen oder auch einem Angeklagten bestimmte Fragen angeblich nicht vorgelegt worden sind (BGHSt 4, 125, 126; 17, 351, 352). Unter anderem schon daran scheitert auch die weitere Aufklärungsrüge, das Gericht hätte den in der Hauptverhandlung gehörten Schwurgerichtsvorsitzenden des Treblinkaverfahrens noch zu einer bestimmten, den etwaigen Verbrauch der Strafklage und das Treblinka-Urteil betreffenden Auslegungsfrage hören müssen. Im übrigen kam es auf dessen Meinung hierzu nicht an.

III. Kein Ausschluß deutscher Gerichtsbarkeit

Der Angeklagte Fuchs ist der Auffassung, daß er in dieser Sache nicht hätte verurteilt werden dürfen. Seine Bedenken, die er im Schriftsatz vom 3. März 1971 geltend macht, sind jedoch unbegründet. Daß auch für ihn das deutsche Strafrecht gilt, ergibt sich ohne weiteres aus § 3 StGB. Es gibt keine Vorschriften, insbesondere auch nicht verfassungsrechtlicher Art, die der Anwendung dieser Bestimmung entgegenstehen könnten.

B) Die Revision des Angeklagten Frenzel

I. Die Verfahrensrügen

1. Zeitweises Mithören der Verhandlung durch den Landgerichtspräsidenten.

a) Auf Grund der dienstlichen Äußerung des Landgerichtspräsidenten steht zwar fest, daß dieser - unverständlicherweise - von einer hinter dem Richtertisch befindlichen verhängten Loge aus, zu der nur er und der Hausmeister einen Schlüssel hatten, der Hauptverhandlung einige Male für kurze Zeit zugehört hat. Der Revision kann jedoch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit sei dadurch verstoßen worden, daß die Loge nicht allgemein zugänglich war, während zahlreiche Zuhörer wegen des überfüllten Zuhörerraums zurückgewiesen worden seien. Die Vorschrift des § 169 GVG soll nur gewährleisten, daß sich die Rechtsprechung "in aller Öffentlichkeit" und nicht hinter verschlossenen Türen abspielt (BGHSt 9, 280, 281); sie soll nicht etwa jedem Zuschauer unter allen Umständen Zutritt zu einer Hauptverhandlung verschaffen (BGHSt 21,

72, 73). Maßnahmen, die den Zugang der Allgemeinheit regeln, werden durch § 169 GVG nicht ausgeschlossen. Die Vorschrift über die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung wird nicht dadurch verletzt, daß Teile des Sitzungssaales, insbesondere Galerien oder Logen, für Zuhörer unzugänglich bleiben, und zwar auch dann nicht, wenn ein Teil der Interessenten abgewiesen werden muß (RG GA 69, 89; RG HRR 1926, Nr. 880; Löwe/Rosenberg, 21. Aufl. 1965, § 169 GVG Anm. 3 a).

b) In dem gelegentlichen verborgenen Mithören liegt auch keine Verletzung des durch die Art. 1 und 2 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Solange Außenstehende nur zur Kenntnis nehmen, was von der Persönlichkeit eines Menschen in einer öffentlichen Verhandlung wahrgenommen werden kann, ist schon tatbestandlich keine Persönlichkeitsbeeinträchtigung gegeben.

c) Soweit die Revision des Angeklagten Lambert schließlich darauf abstellt, die Vorschriften über die Öffentlichkeit seien deswegen verletzt, weil sich die Berufsrichter durch das heimliche Abhören der Sitzung seitens des Landgerichtspräsidenten, wie sich nicht ausschließen lasse, überwacht und kontrolliert gefühlt hätten, so wird, wie die Revisionsbegründung auch erkennen läßt, in Wirklichkeit die Unbefangenheit der Richter in Zweifel gezogen. Die Befangenheitsrüge kann jedoch nach dem Ende der Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht werden (§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; BGHSt 1, 298, 301).

2. Verletzung des § 169 Satz 2 GVG

Die Rüge hat keinen Erfolg. Das durch die Vorschrift ausgesprochene Verbot von Fernseh-, Rundfunk- und Filmaufnahmen gilt nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur für die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse. Die Revision selbst behauptet nicht, daß Aufnahmen während dieses Zeitraumes gemacht worden sind. Für Aufnahmen vor Aufruf der Sache durch den Vorsitzenden, wie hier, gilt das Verbot des § 169 Satz 2 GVG nicht. Der Beschwerdeführer trägt auch nicht etwa vor, daß die Bildaufnahmen unter für ihn entwürdigenden Umständen geschehen sind. Die Tatsache der Aufnahmen als solche bedeutet noch keine Verletzung der Menschenwürde, die das Gericht nach Art. 1 Abs. 1 GG und auf Grund der ihm gegenüber dem Angeklagten obliegenden Fürsorgepflicht hätte verhindern müssen.

3. Verletzung der §§ 275 Abs. 1, 261, 264 StPO

Fehl geht die Rüge, die angeführten Vorschriften seien deshalb verletzt, weil das Urteil nicht innerhalb der Frist des § 275 Abs. 1 StPO zu den Akten gebracht worden ist. Wie der Bundesgerichtshof ständig (vgl. u.a. BGHSt 21, 4) entschieden hat, kann sich die Revision auf die bloße Nichteinhaltung der Frist selbst dann nicht mit Erfolg berufen, wenn sie erheblich überschritten ist. Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, geben die Darlegungen der Revision keinen Anlaß. Weder der Aufbau noch der Inhalt des Urteils erwecken Zweifel an der richtigen Wiedergabe des Beratungsergebnisses.

4. Verletzung der §§ 185 GVG, 338 Nr. 5 StPO

Die Zeugin Kelbermann ist auf Ersuchen des Schwurgerichts vom deutschen Konsul in Philadelphia in der Weise vernommen worden, daß die Aussage auf Englisch gemacht, vom Konsul ins Deutsche übersetzt und so ins Protokoll aufgenommen wurde, das dann der Zeugin vorgelesen und von ihr genehmigt wurde. Nach den für die Einvernahme der Zeugin Kelbermann maßgebenden Vorschriften der §§ 185, 190 GVG durfte der Konsul zwar nicht als Dolmetscher tätig sein. Frau Kelbermann hatte jedoch ausdrücklich erklärt, daß sie Deutsch verstehe, sie könne es nur nicht fließend sprechen. Bei dieser Sachlage hat der vernehmende Konsul keineswegs sein Ermessen (BGHSt 3, 285, 286) überschritten, wenn er von der Hinzuziehung eines Dolmetschers absah. Dadurch, daß er selbst die Antworten der Zeugin übersetzte, hat er sich noch nicht zum Dolmetscher gemacht (vgl. Löwe/Rosenberg 21. Aufl. GVG § 184 Anm. 3). Im übrigen hat der bei der Vernehmung anwesende Verteidiger des Angeklagten gegen das Verfahren des vernehmenden Konsuls keine Einwendungen erhoben. Da zudem die Aussage der Zeugin Kelbermann in der Hauptverhandlung im allseitigen Einverständnis gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 4 StPO verlesen worden ist, kann die Rüge keinen Erfolg haben (ebenso BGH, Urteil vom 7. April 1970 - 5 StR 100/69 -).

5. Verletzung des § 273 Abs. 3 StPO

Die Rüge dringt nicht durch. Der Angeklagte kann keinen Revisionsgrund daraus herleiten, daß die gemäß § 273 Abs. 3 StPO gefertigte Niederschrift über die Vernehmung

der Zeugin Raab nicht vollständig verlesen und von ihr genehmigt worden ist. Dadurch, daß sein Verteidiger der Entlassung der Zeugin zustimmte und dabei keine Einwendungen gegen den Abbruch der Protokollierung erhob, hat er zum Ausdruck gebracht, daß er nicht weiter auf Durchführung seines Antrags bestehe. Die Auffassung der Revision, daß sich der Eid der Zeugin Raab nur auf den ihr vorgelesenen und von ihr genehmigten Teil der schriftlich niedergelegten Aussage beziehe und daß daher nur dieser dem Urteil hätte zugrunde gelegt werden dürfen, ist unrichtig. Der geleistete Eid erfaßt vielmehr die gesamte mündliche Aussage.

6. Verletzung des § 59 StPO

Die Rüge hat keinen Erfolg. Die tatrichterliche Entscheidung, die Zeugen Michalsen, Allers, Lorent, Horn und Oels nicht zu vereidigen, steht im Einklang mit dem Begriff der Teilnahme i.S. des § 60 Nr. 3 StPO, wie ihn der Bundesgerichtshof wiederholt erläutert hat (vgl. BGHSt 4, 255; 4, 368). Der Zeuge Michalsen, der als Hauptsturmführer der Dienststelle des SS- und Polizeiführers Globocnik angehörte, stand u.a. im Verdacht, daß er zumindest den früheren Mitangeklagten Jührs vor dessen Einsatz im Rahmen der Aktion Reinhard verpflichtet hatte. Die übrigen vier Zeugen waren in der für die sog. Aktion T 4 geschaffenen Organisation tätig. Da der überwiegende Teil der Angeklagten von dort der Aktion Reinhard zur Verfügung gestellt und auch von der T 4 besoldet wurde, ihr jedenfalls formell noch unterstand, ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Gericht bei den vier Zeugen eine "Beteiligung" an der Tat in dem weiten Sinn des § 60 Nr. 3 StPO (vgl. dazu BGHSt 6, 382) angenommen hat. Die Rüge der Nicht-

vereidigung der Zeugen Oberhauser, Gley, Franz und Miete scheitert jedenfalls daran, daß die Verurteilung des Angeklagten Frenzel nicht auf den Aussagen dieser Zeugen beruht. Sie haben im wesentlichen nur über ihre frühere Tätigkeit bei der T 4 und in den anderen Vernichtungslagern ausgesagt. Nur dem Zeugen Miete war Frenzel überhaupt bekannt. Die Bedeutung dieser Aussagen lag vor allem darin, Näheres über den Inspekteur der Vernichtungslager, Wirth, und über dessen Vorgesetzten Globocnik zu erfahren. Außerdem sollten sie offenbar mit dazu beitragen, die Frage zu klären, welche Möglichkeiten bestanden, von den Vernichtungslagern wegzukommen (sog. Notstandszeugen). Da sich Frenzel aber an den Morden beteiligt hat, "weil er sich innerlich mit diesen geplanten Vernichtungen der Juden identifizierte" (UA S. 393), er sich also freiwillig beteiligte, kam für ihn ein Handeln im Notstand (Nötigungsstand) oder im Putativnotstand von vornherein nicht in Betracht. Die Aussagen dieser Zeugen waren daher hinsichtlich seiner Person ohne Bedeutung.

7. Verletzung des § 244 Abs. 3 StPO

a) Hilfsbeweisanträge im Fall 21

Der Antrag auf erneute Vernehmung der Zeugin Raab ist im Ergebnis zu Recht abgelehnt worden. Das Begehren, die in der Hauptverhandlung bereits vernommene Zeugin nochmal zu hören, um ihr einen Vorhalt zu machen, stellte keinen nach § 244 Abs. 3 zu bescheidenden Beweisantrag, sondern nur eine Anregung an das Gericht dar. Ihr brauchte der Tatrichter nur zu entsprechen, wenn es die Amtspflicht zur Sachaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO gebot (BGH NJW 1960, 2156). Das Schwurgericht hat ausführlich und nicht

angreifbar dargelegt, daß und warum "irgendein Aufklärungsbedürfnis durch erneute Vernehmung der Zeugin" nicht bestehe (UA S. 156).

Auch der zweite Hilfsbeweisantrag (Vernehmung der Frau Cycula-Zielinski) hatte nur zum Ziel, den Nachweis der generellen Unglaubwürdigkeit der Zeugin Raab zu führen. Mit der Ablehnung des Antrags "wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache für die Entscheidung" machte das Schwurgericht, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe (UA S. 152, 153, 157) deutlich ergibt, klar, daß es selbst im Falle des Beweises der von der Revision aufgestellten Behauptungen die Zeugin hinsichtlich ihrer Bekundungen im Fall 21, die ein besonders krasses Geschehen betrafen und deshalb im Gedächtnis haften bleiben mußten, nach wie vor als glaubwürdig angesehen hätte. Das ergibt sich auch aus der auf UA S. 153 wiedergegebenen Überzeugung des Gerichts, aus den Angaben von Frau Raab in den verschiedenen Entschädigungsverfahren könne nicht gefolgert werden, sie habe "im strafrechtlichen Bereich jemals einen Beteiligten in irgend einer Weise zu Unrecht verdächtigt". Auch die Tatsache, daß das Schwurgericht den Angaben der Zeugin in anderen Fällen (Fall 39 UA S. 201, Fall 67 - Wolf - UA S. 218 und Fall 67 a - Wolf - UA S. 224) nicht gefolgt ist und sich bewußt war, daß sie sich in einem weiteren Punkt (Lachmann) geirrt hatte, spricht entscheidend dafür. Bei dieser Verfahrenslage war die beantragte Beweisaufnahme zwecklos und brauchte nicht durchgeführt zu werden (BGH, Urteil vom 24.11.59 - 1 StR 567/59 -).

b) <u>Hilfsbeweisantrag im Fall 22</u>

Daß das Schwurgericht aus seiner Wahrunterstellung "gleichwohl" nicht dieselben Schlüsse gezogen hat wie

der Beweisführer, kann der Rüge nicht zum Erfolg verhelfen. Das Urteil führt eine Reihe von Gründen an, die das Gericht bei dem "sachlich eindrucksvollen Aussageverhalten" der Zeugin und angesichts der "wesentlich übereinstimmenden übrigen Beweismittel" (UA S. 167) zu der Überzeugung geführt haben, daß Frau Safran im Fall 22 in der Hauptverhandlung wahrheitsgemäß ausgesagt hat. Sie enthalten weder Verstöße gegen Denkgesetze oder gegen Erfahrungssätze, noch sind sie in sich widerspruchsvoll. Insbesondere liegt auch kein Widerspruch darin, daß das Schwurgericht trotz der von ihm unterstellten ausdrücklichen Befragung davon ausgegangen ist, die Vernehmungen durch die Polizei seien sehr oberflächlich gewesen. Beides ist miteinander vereinbar.

c) Hilfsbeweisantrag im Fall 34

Die Rüge geht daran vorbei, daß die Aussage des Zeugen Margulies mit der Aussage von vier weiteren Zeugen übereinstimmte, und daß sie sogar von dem verstorbenen Mitangeklagten Bolender teilweise bestätigt worden ist. Wenn das Schwurgericht unter diesen Umständen den Hilfsbeweisantrag, mit dem bewiesen werden sollte, daß Margulies in einem anderen Punkte die Unwahrheit gesagt habe, mit der Begründung ablehnte, die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung ohne Bedeutung, so ist diese - im Urteil näher begründete - tatrichterliche Würdigung rechtlich nicht angreifbar. Der angebliche Widerspruch, der nach der Revision darin liegen soll, daß der jede Tatbeteiligung leugnende Angeklagte sich doch nicht gleichzeitig an das Geschehen vom 10. Juni 1942 erinnern und damit die Aussage des Zeugen bestätigen könne, klärt sich leicht. Auf UA S. 131 wird in dieser Hinsicht ausdrücklich

auf Angaben des Angeklagten "in der Voruntersuchung" Bezug genommen. Was die Revision in diesem Zusammenhang sonst vorbringt, sind ausschließlich Angriffe gegen die fehlerfreie Beweiswürdigung.

d) Beweisantrag auf Vernehmung des früheren Häftlings Pecherski im Fall 21

Das Schwurgericht sieht als erwiesen an, daß die Zeugin Raab vom Postgebäude aus gut auf die Rampe sehen konnte. Darin liegt entgegen der Meinung der Revision kein Widerspruch zu der Wahrunterstellung, wonach "die Baracken im Lager I, insbesondere im Vorlager, so angebracht gewesen seien, daß weder aus dem Lager I noch aus den Baracken im Lager II eine Sichtmöglichkeit auf die Rampe bestanden habe". Damit war entsprechend dem Wortlaut des Antrages nur als wahr unterstellt, daß die Baracken durch ihre Aufstellung allen Personen, die sich im Lagerbereich hinter ihnen (von der Rampe aus gesehen) befanden, die Sicht versperrten. Daß etwa behauptet werden sollte, die vordersten Gebäude selbst hätten keine Sichtmöglichkeit geboten, insbesondere keine Fenster oder sonstige Öffnungen gehabt, ist dem Beweisantrag um so weniger zu entnehmen, als in ihm darauf abgestellt ist, wie die Baracken "angebracht", also aufgestellt waren, nicht wie sie beschaffen waren.

e) Beweisanträge auf Vernehmung der Eheleute Pachter und des Zeugen Freytag

Das Schwurgericht hat im einzelnen rechtlich unangreifbar begründet, warum ihm eine Vernehmung dieser Zeugen im Wege der Rechtshilfe, bei der das erkennende Gericht keine Fragen stellen und Vorhalte machen konnte, nicht

ausreichte. Da die Zeugen andererseits nicht bereit waren, freiwillig vor dem Schwurgericht zu erscheinen, konnten die auf ihre Vernehmung gerichteten Beweisanträge abgelehnt werden (BGHSt 13, 300; BGH, Urteil vom 17. November 1964 - 1 StR 435/64 -). Nachdem daraufhin nicht einmal der Verteidiger beantragt hat, die Beweisaufnahme nun durch das erkennende Gericht in Israel durchzuführen, brauchte sich diesem ein solcher Versuch bei der gegebenen Sachlage nicht aufzudrängen, und zwar um so weniger, als kaum eine Möglichkeit bestand, den in Haft befindlichen Angeklagten, dessen Anwesenheit das Gericht für erforderlich hielt, nach Israel zu überstellen.

II. Die Sachbeschwerde

1. Allgemeine Rüge der Verletzung des § 261 StPO

Das Schwurgericht hat sowohl bei der Schilderung der allgemeinen Teilnahme des Angeklagten an der Vernichtungsaktion als auch in jedem der erörterten Einzelfälle die Beweismittel und Beweistatsachen angeführt, die seine Überzeugung begründet haben. Damit hat es den Anforderungen genügt, die an die Urteilsgründe zu stellen sind. Die Revision übersieht bei ihren Ausführungen, daß der Tatrichter weder unter dem Gesichtspunkt des § 267 StPO noch dem des § 261 StPO verpflichtet ist, alle beweiserheblichen Umstände zu erörtern, die zu seiner Überzeugungsbildung geführt haben. Auch aus dem von ihr herangezogenen Art. 1 Abs. 1 GG oder den Bestimmungen der Menschenrechtskonvention kann eine derartige Verpflichtung nicht abgeleitet werden. Hieraus erhellt, daß das Schwurgericht entgegen der Meinung der Revision nicht gehalten war, in den Urteilsgründen die Einlassungen des Angeklagten, das tatsächliche Vorbringen des

Verteidigers, die Bekundungen der Zeugen usw. in allen Einzelheiten wiederzugeben und sich mit ihnen auseinanderzusetzen (vgl. dazu BGH NJW 1951, 325; GA 1961, 172). Deshalb kann aus dem Fehlen einer Auseinandersetzung mit einzelnen Beweisergebnissen auch nicht geschlossen werden, daß sie unbeachtet geblieben sind. Das gilt auch, soweit die Revision geltend macht, daß das Schwurgericht Einwendungen des Verteidigers gegen die Glaubwürdigkeit bestimmter Zeugen nicht erörtert habe.

Im übrigen steht das, was die Revision auf Seite 43 - 54 ihrer Begründung vorträgt, nicht im Einklang mit den Urteilsausführungen auf UA S. 114 - 116. Das Schwurgericht legt dort eingehend dar, daß es sich der außerordentlichen Schwierigkeiten bei der Beweisaufnahme und bei der Würdigung der Aussagen, vor allem soweit es sich um überlebende jüdische Zeugen handelte, durchaus bewußt gewesen sei, und daß es sich deshalb zu einer besonders vorsichtigen Beurteilung der Beweismittel genötigt gesehen habe. Diese Schwierigkeiten hat das Schwurgericht, wie die Urteilsausführungen, insbesondere auch in den zum Freispruch führenden Fällen zeigen, stets beachtet. Entgegen der Behauptung der Revision hat es die Verurteilung des Angeklagten auch keineswegs "pauschal auf die Bekundung sämtlicher Zeugen" gestützt, es hat vielmehr jeweils im einzelnen dargelegt, auf welchen Zeugenaussagen die Feststellungen beruhen und aus welchen Gründen es den Angaben eines bestimmten Zeugen Glauben geschenkt hat. Es hat dabei auch allgemein berücksichtigt, daß ein Zeuge nicht immer und insbesondere nicht in einem solchen Verfahren ein sicheres Beweismittel ist. Soweit das Schwurgericht den

Bekundungen eines Zeugen in einem Falle gefolgt ist, in einem anderen Falle aber nicht, hat es für seine unterschiedliche Beurteilung der Aussage stets eine rechtsfehlerfreie Begründung gegeben. Eine bindende Beweisregel des Inhalts, daß ein Zeuge, der sich - in der Hauptverhandlung oder bei anderen Gelegenheiten - einmal geirrt oder auch aus anderen Gründen falsche Angaben gemacht hat, allein deshalb allgemein unglaubwürdig sei, gibt es nicht. Der Beschwerdeführer läßt auch bei den in diese Richtung gehenden Angriffen außer acht, daß die Überzeugungsbildung des Tatrichters und damit die Beweiswürdigung nach der maßgeblichen Bestimmung des § 261 StPO "frei" und nicht an bestimmte Beweisregeln gebunden ist. So ist es - das gilt vor allem für die Angriffe der Revision gegen die Beweiswürdigung in den 9 Exzessfällen - auch eine Frage der freien Beweiswürdigung, ob bei der Bewertung einer Zeugenaussage im Einzelfall dem möglicherweise unsicheren allgemeinen Bild der Persönlichkeit des Zeugen oder den für die Zuverlässigkeit seiner Angaben sprechenden Umständen das Übergewicht zukommt. Eine Vorschrift darüber, welche Überzeugung der Richter bei einem bestimmten Beweisergebnis haben müsse oder dürfe oder nicht haben dürfe, gibt es nicht. Sind, wie hier in allen Fällen, die vom Tatrichter gezogenen Folgerungen denkgesetzlich möglich, so können Revisionsangriffe dagegen nicht durchdringen. Aus diesem Grunde geht auch die in anderem Zusammenhang erhobene Rüge fehl, die Würdigung der Aussagetaktik des Angeklagten auf UA S. 184 sei "unzulässig". Hinsichtlich der Unbegründetheit dieses Einwandes wird im übrigen auf BGHSt 20, 298 verwiesen.

2. Angriffe gegen die Beweiswürdigung in einzelnen Exzessfällen

Im überwiegenden Umfang bleiben diese Rügen aus den vorstehend unter Nr. 1 dargelegten Gründen erfolglos. Das Vorbringen bedarf nur noch insoweit ergänzender Erörterung, als besondere sachlich-rechtliche Fehler in der Beweiswürdigung behauptet werden.

a) Fall 17

Der in der Eingabe vom 1. März 1971 erhobenen Behauptung, drei Zeugen hätten Meineide geleistet, kann im Rahmen der Sachrüge nicht nachgegangen werden. Sie muß daher unberücksichtigt bleiben.

b) Fall 21

Der Beschwerdeführer sieht einen "unerklärbaren" Widerspruch darin, daß das Schwurgericht auf UA S. 152 der Zeugin Raab zwar eine allgemeine Glaubwürdigkeit und ein gutes Erinnerungsvermögen bestätigt, in anderem Zusammenhang aber angeführt hat, sie habe sich geirrt, als sie glaubte, den Angeklagten Lachmann wiedererkannt zu haben. Die Revision verkennt indessen, daß ein allgemein gutes Erinnerungsvermögen einen Irrtum im Einzelfall nicht ausschließt. Auch die Art, wie man sich zu einem Irrtum bekennt, kann im übrigen einen Schluß auf die Glaubwürdigkeit erlauben (vgl. dazu UA S. 153).

c) Fall 22

Ein in der Revisionsinstanz zu beachtender Verstoß gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" läge nur dann vor, wenn aus dem Urteil selbst ersichtlich wäre, daß das

2. Angriffe gegen die Beweiswürdigung in einzelnen Exzessfällen

Im überwiegenden Umfang bleiben diese Rügen aus den vorstehend unter Nr. 1 dargelegten Gründen erfolglos. Das Vorbringen bedarf nur noch insoweit ergänzender Erörterung, als besondere sachlich-rechtliche Fehler in der Beweiswürdigung behauptet werden.

a) Fall 17

Der in der Eingabe vom 1. März 1971 erhobenen Behauptung, drei Zeugen hätten Meineide geleistet, kann im Rahmen der Sachrüge nicht nachgegangen werden. Sie muß daher unberücksichtigt bleiben.

b) Fall 21

Der Beschwerdeführer sieht einen "unerklärbaren" Widerspruch darin, daß das Schwurgericht auf UA S. 152 der Zeugin Raab zwar eine allgemeine Glaubwürdigkeit und ein gutes Erinnerungsvermögen bestätigt, in anderem Zusammenhang aber angeführt hat, sie habe sich geirrt, als sie glaubte, den Angeklagten Lachmann wiedererkannt zu haben. Die Revision verkennt indessen, daß ein allgemein gutes Erinnerungsvermögen einen Irrtum im Einzelfall nicht ausschließt. Auch die Art, wie man sich zu einem Irrtum bekennt, kann im übrigen einen Schluß auf die Glaubwürdigkeit erlauben (vgl. dazu UA S. 153).

c) Fall 22

Ein in der Revisionsinstanz zu beachtender Verstoß gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" läge nur dann vor, wenn aus dem Urteil selbst ersichtlich wäre, daß das

Schwurgericht von den getroffenen Feststellungen nicht überzeugt gewesen wäre und der Verurteilung einen bloßen Verdacht zugrunde gelegt hätte. Dies trifft jedoch, wie die Urteilsausführungen auf UA S. 164, 165 zeigen, hier nicht zu.

d) Fall 32

Der Revision ist zwar darin zuzustimmen, daß die Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage nicht mit solchen Umständen begründet werden darf, die nur von dem Zeugen bekundet werden, dessen Glaubwürdigkeit zu beurteilen ist. So ist indessen der zweimalige Hinweis, die Zeugin habe den von ihr bekundeten Vorfall immerhin aus nächster Nähe beobachtet, hier auch nicht zu bewerten. Das Schwurgericht, das sich gerade in diesem Fall der Schwierigkeit seiner Beweisführung durchaus bewußt war (vgl. UA S. 169 - 172), hat vielmehr ersichtlich deswegen großen Wert auf diese wiederkehrende Angabe gelegt, weil es damit dartun wollte, daß die gesamte Zeugenaussage in sich schlüssig und widerspruchsfrei ist. Darin ist kein Denkfehler zu sehen.

3. Täterschaft

Die Annahme des Schwurgerichts (vgl. UA S. 128, 182 - 188, 374 - 376), der Angeklagte sei nicht nur hinsichtlich der sog. Exzesstaten, sondern auch hinsichtlich seiner allgemeinen Beteiligung an der Massentötung Täter (Mittäter) und nicht Gehilfe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Gericht stellt - ebenso wie bei den übrigen Angeklagten - zutreffend auf die innere Einstellung des Angeklagten, auf sein

Verhältnis zu den Taten ab (BGH NJW 1966, 1763; BGHSt 8, 390, 391; 18, 87, 94). Ob jemand eine Tat, an der er mitwirkt, als eigene will oder nicht, hängt nicht entscheidend, wie die Revision meint, von dem Grad seiner Intelligenz ab. Daß ferner die als wahr unterstellten mehrfachen Versuche des Angeklagten, aus Sobibor wegzukommen, die Annahme, er habe mit Täterwillen gehandelt, nicht infrage stellen, hat das Schwurgericht mit rechtlich nicht angreifbaren Erwägungen dargelegt.

4. Notstand

Auf diesen Entschuldigungsgrund kann sich der Angeklagte schon mangels der erforderlichen subjektiven Voraussetzungen (vgl. UA S. 185 - 188) nicht mit Erfolg berufen. Die Revision übersieht bei ihrem Vorbringen, daß sich auf die Entschuldigungsgründe der §§ 52, 54 StGB nur berufen kann, wer mit dem Willen handelt, durch die Begehung der Straftat eine auf andere Weise nicht abwendbare Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen abzuwenden. Dies muß der Beweggrund für die Straftat sein (vgl. BGHSt 3, 271 zu § 52 StGB; BGH NJW 1950, 234 zu § 54 StGB). Das Schwurgericht hat jedoch rechtlich bedenkenfrei festgestellt, daß dem Angeklagten sein Verhalten nicht abgenötigt worden ist, er vielmehr freiwillig gehandelt hat.

5. Verletzung des § 74 StGB

Die Rüge ist unbegründet. Das Schwurgericht legt auf UA S. 375, 376 rechtsirrtumsfrei dar, warum die neun Exzesstaten des Angeklagten, hinsichtlich der er keine "allgemeinen oder speziellen Befehle zum Töten erhalten" hatte, nicht von dem einheitlichen Tatentschluß

zum Mord an mindestens 150.000 Menschen mitumfaßt werden. Was die Revision für ihre Ansicht vorträgt, läßt nicht nur die zu den neun Einzelfällen getroffenen Feststellungen, sondern auch andere Urteilsausführungen außer acht. Das erweist sich auch durch ihren Hinweis auf die Fälle 34, 48, 51 und 54. Das Schwurgericht hat nämlich die Taten des Angeklagten in diesen Fällen gerade deshalb nur als Teilakte seiner allgemeinen Beteiligung an der Massenvernichtung der Juden eingestuft, "weil sich Frenzel dort noch in den Grenzen dessen gehalten hat, was ihm dienstlich anbefohlen war". In den neun Exzessfällen aber hat er "in jedem Einzelfall" (UA S. 377) aus rassischer Überheblichkeit und aus "jeweils einzelnen, über die planmäßig befohlene Vernichtung hinausgehenden Entschlüssen" (UA S. 207, vgl. auch S. 185) eigenmächtig und eigenhändig getötet.

III. Da das Urteil auch sonst keine Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten enthält, war seine Revision insgesamt zu verwerfen. Der Urteilsspruch muß aber dahin berichtigt werden, daß der Angeklagte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt ist. Die Nebenstrafe der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, die das 1. StrRG beseitigt hat, muß wegfallen. Jedoch ist gemäß Art. 89 Abs. 1 des 1. StrRG der Verlust der Amtsfähigkeit für die Dauer von fünf Jahren auszusprechen.

C) Die Revision des Angeklagten Wolf

I. Die Verfahrensrügen

1. Verletzung des § 275 StPO

Insoweit wird auf die Ausführungen zur Revision des Angeklagten Frenzel unter B I, 3 verwiesen. Als Anzeichen

dafür, daß das schriftliche Urteil nicht dem Beratungsergebnis entspreche, hat die Revision noch einen angeblichen Widerspruch zwischen mündlicher und schriftlicher Urteilsbegründung angeführt. Der von ihr wiedergegebene Teil der mündlichen Urteilsbegründung steht jedoch im Einklang mit den schriftlichen Urteilsgründen auf UA S. 231 und 232. Es kann keine Rede davon sein, diesen Ausführungen sei "nicht zweifelsfrei zu entnehmen, daß das Schwurgericht dem wiedergegebenen Vorgang indiziellen Wert für die Qualifizierung der Mitwirkung des Angeklagten" zugemessen hat.

2. Gesetzwidrige Zulassung des Nebenklägers Engel

Die zeitweilige Zulassung des Chaim Engel mag fehlerhaft gewesen sein. Hierauf kann das Urteil jedoch nicht beruhen. Bei der Besonderheit, daß an dem Verfahren gegen Wolf noch weitere Nebenkläger beteiligt waren und daß für alle ein einziger Prozeßvertreter in der Hauptverhandlung aufgetreten ist, die Revision auch nichts dafür angeführt hat, daß dieser gerade als Vertreter des Engel irgendwie auf das Verfahren eingewirkt hat, kann ausgeschlossen werden,daß das Urteil auf der Zulassung des Engel als Nebenkläger beruht.

3. Nichtteilnahme eines Ergänzungsgeschworenen an den Beratungen

Die Rüge, der Ergänzungsgeschworene Dr. Bieber habe, ehe er am 21. Oktober 1965 Mitglied des erkennenden Gerichts wurde, nur an der Verhandlung, nicht aber auch an den Beratungen über die bis dahin getroffenen Entscheidungen teilgenommen, ist offensichtlich unbegründet (vgl. BGHSt 18, 331).

4. Verletzung der §§ 24, 338 Nr. 3 StPO

Der Sachverhalt, den die Revisionsbegründung vermittelt, reicht zur Entscheidung über die Rüge nicht aus. Da auch diese Revisionsrüge, wie der Senat in BGHSt 21, 334, 340 dargelegt hat, als Verfahrensrüge den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unterliegt, müssen die den behaupteten Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden. Das hat so vollständig und genau zu geschehen, daß das Revisionsgericht auf Grund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen werden (BGHSt 3, 213, 214). Bei der Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO gehört dazu, daß der Inhalt des Ablehnungsbeschlusses mitgeteilt wird (BGH, Urteil vom 30. November 1965 - 1 StR 362/65 - ; BGH LM Nr. 6 zu § 24 StPO). Auch kann diese Verfahrensbeschwerde nicht auf Gründe (hier: bestimmte Ausführungen in den Urteilsgründen) gestützt werden, die nicht bereits in dem Ablehnungsgesuch genannt sind. Die Rüge ist daher unzulässig. Im übrigen wäre sie aber auch offensichtlich unbegründet.

5. Zusätzlich mit Schriftsatz vom 5.8.1968 erhobene Verfahrensrügen (soweit nicht in der Hauptverhandlung zurückgenommen).

Die Rügen unter Nr. 7, 9 und 11 hat auch der Angeklagte Frenzel geltend gemacht. Es wird daher auf die entsprechenden Urteilsausführungen Bezug genommen.

II. Die Sachbeschwerde

1. Die Revision behauptet eine "Derogation des § 211 StGB bei der Tötung jüdischer Menschen" für die Tatzeit. Ihrer Folgerung, damit sei eine Bestrafung

des Angeklagten nach § 211 StGB a.F. in Verbindung mit § 47 MStGB wegen der Vorschrift des § 2 Abs. 1 StGB bzw. des Art. 103 Abs. 2 GG nicht möglich, ist der Bundesgerichtshof bereits in BGHSt 2, 234, 237 entgegengetreten. Danach gibt es einen "Kernbereich des Rechts", der durch obrigkeitliche Anordnungen, mögen sie Gesetzescharakter haben oder nicht, nicht angetastet werden kann. Daß hierzu in erster Linie das Verbot der Tötung unschuldiger Menschen gehört, bedarf keiner Darlegung (vgl. auch BGHZ 3, 94, 106).

2. Das übrige sachlich-rechtliche Vorbringen der Revision kann der Sachbeschwerde ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen.

a) Den auf UA S. 231 geschilderten Vorgang hat das Schwurgericht anders beurteilt als der Beschwerdeführer meint. Es hat die Tatsache, daß Wolf aus eigener Initiative zu einer solch belanglosen Unterhaltung mit den beiden todgeweihten Frauen in diesem Augenblick überhaupt fähig war, ersichtlich nur als eine weitere Bestätigung dafür gewertet, daß der Angeklagte sich sehr bald "den Gebräuchen der Mehrzahl der deutschen Lagerbewacher angepaßt hat". Eine derartige Deutung des "gespenstisch wirkenden Vorgangs" und der Rückschluß auf die allgemeine Gefühllosigkeit Wolfs gegenüber dem Schicksal der unschuldigen Menschen ist möglich und mithin rechtlich nicht angreifbar.

b) Das Verhalten Wolfs im Fall 67 hat das Schwurgericht, wie die Urteilsausführungen auf Seite 223, 224 und 416 ergeben, dahin gewertet, daß der Angeklagte von der ihm bewußt gewordenen Möglichkeit einer milderen Maßnahme abgesehen hat. Gegen die daraus "im Zusammenhang

mit dem Gesamtverhalten" (vgl. dazu UA S. 218, 230 ff) gewonnene Überzeugung, der Angeklagte habe die ihm erteilte Anordnung ebenso wie sonst auch hier ausdehnend ausgelegt, um seinerseits jegliches Risiko zu vermeiden, kann revisionsrechtlich kein Einwand erhoben werden.

c) Es trifft zu, daß das Schwurgericht das Bemühen des Angeklagten "nur ja nicht unangenehm aufzufallen und dadurch selbst auch nur die geringste Unannehmlichkeit zu erfahren" zu seinem Nachteil strafschärfend berücksichtigt hat. Hiergegen ist jedoch nichts einzuwenden.

III. Da die Nachprüfung des Urteils auf die Sachrüge auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat, war die Revision zu verwerfen. Der Urteilsspruch muß jedoch dahin berichtigt werden, daß der Angeklagte zu acht Jahren Freiheitsstrafe verurteilt ist.
Im übrigen gelten die Ausführungen zur Revision des Angeklagten Frenzel unter Nr. III auch für Wolf.

D) Die Revision des Angeklagten Ittner

I. Die Verfahrensrügen Nr. 1 und 3 sind auch vom Angeklagten Frenzel erhoben worden. Hinsichtlich ihrer Unbegründetheit wird auf die entsprechenden Ausführungen dort Bezug genommen, vgl. B I 1 und 3. Die weitere Rüge, der Beisitzer Landgerichtsrat Kneist sei in der Hauptverhandlung vom 2. September 1966 nicht verhandlungsfähig gewesen, ist durch die dienstliche Äußerung des Richters widerlegt. Danach konnte dieser jederzeit der nach dem Sitzungsprotokoll nur 45-minütigen Verhandlung folgen und ihr Ergebnis - das Sachverständigengutachten über die Glaubwürdigkeit von drei Zeugen - im Gedächtnis behalten. Aus der dienstlichen Äußerung ergibt sich auch,

daß Landgerichtsrat Kneist, entgegen der Behauptung der Revision, bereits seit dem 30. August keine schmerzstillenden Medikamente mehr eingenommen hatte.

II. Die auf die allgemeine Sachrüge gebotene Überprüfung des gesamten Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

III. Die Revision des Angeklagten war mithin zu verwerfen. Hinsichtlich der notwendigen Berichtigungen des Urteilsspruchs gelten die Ausführungen unter B Nr. III entsprechend.

E) Die Revision des Angeklagten Dubois

I. Der Beschwerdeführer wendet sich dagegen, daß seine Tätigkeit im Lager als Beihilfe beurteilt worden ist. Er vermißt vor allem eine Prüfung, "ob das Handeln oder Unterlassen des Angeklagten für den Geschehensablauf kausal war". Hilfe im Sinne von § 49 StGB ist jedoch schon dann geleistet, wenn der Beteiligte die Handlung des Haupttäters fördert und erleichtert. Nicht erforderlich ist es, daß das Verhalten des Gehilfen für den Erfolg der Handlung des Haupttäters unmittelbar ursächlich ist (RGSt 58, 113; 73, 52, 54; BGH, Urteile vom 17. Dezember 1958 - 2 StR 523/58 - und vom 18. September 1959 - 4 StR 267/59 -). Daß die Tätigkeit des Angeklagten in diesem Sinne die Ermordung der Juden im Lager Sobibor mit gefördert hat, ist bedenkenfrei festgestellt (UA S. 258 bis 263, Zusammenfassung S. 380).

II. Mit ihren umfangreichen Einwendungen gegen die Nichtzuerkennung des Nötigungsstandes des § 52 StGB greift die Revision in unzulässiger Weise die

fehlerfreie Beweiswürdigung des Schwurgerichts an. Dieses hat eingehend (UA S. 261 bis 263, 390, 391) dargelegt, daß und warum der Angeklagte die Befehle zur Judenvernichtung als bindend angesehen und nicht etwa "aus gebeugtem Willen" gehandelt hat. Wenn ein Befehlsempfänger einen als verbrecherisch erkannten Befehl nur deswegen ausführt, weil er ihn, wie der Angeklagte, als SS-Mann für bindend hält, liegt kein Nötigungsstand vor, sondern ein verantwortliches Handeln auf Grund freiwilliger - für die eigene Verantwortlichkeit blinder - Unterordnung (BGHSt 2, 251, 258). Bei dieser Sachlage ist kein Raum für die Annahme, der Angeklagte habe unter dem Druck einer wirklich oder vermeintlich drohenden Lebensgefahr gehandelt (vgl. auch BGH, Urteil vom 22. April 1955 - 1 StR 653/54 -).

III. Die Strafzumessung läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten erkennen. Die Nichtanwendung der Vorschrift des § 47 Abs. 2 MStGB begegnet keinen Bedenken. Die Revision verkennt, daß es für die Anwendung dieser Bestimmung entscheidend darauf ankommt, ob der Schuldvorwurf mit Rücksicht auf den Befehlsdruck, der auf dem Untergebenen lastete, von so geringem Gewicht war, daß jede Strafe als nicht mehr gerecht und als unerträgliche Härte erscheint (BGHSt 21, 139, 141). Das war (ebenso wie bei den Angeklagten Wolf, Ittner und Lambert) bei Dubois, wie das Schwurgericht auf UA S. 413 ohne Rechtsirrtum feststellt, nicht der Fall.

Wegen der Notwendigkeit, den Urteilsspruch zu berichtigen, wird auf die Ausführungen unter B Nr. III Bezug genommen.

F) Die Revision des Angeklagten Lambert

I. Die Verfahrensbeschwerde

Die Rüge beanstandet denselben Vorgang wie der Angeklagte Frenzel, vgl. dazu unter B I 1. Dort ist auch bereits die zusätzliche Begründung dieser Verfahrensbeschwerde durch den Verteidiger des Angeklagten Lambert erwähnt und behandelt worden. Danach hat die Rüge keinen Erfolg.

II. Die Sachbeschwerde

1. Der Angeklagte hat die ihm erteilten Befehle ausgeführt, weil er sie für verbindlich gehalten hat, obwohl er erkannte, daß sie schwerste Verbrechen bezweckten (UA S. 276). Entscheidend für die Feststellung, daß er nur aus diesem Grunde tätig wurde und nicht, weil sein Wille gebeugt worden ist, war für das Schwurgericht, daß Lambert in der Zeit seiner Abordnung zur Aktion Reinhard "nicht die geringste Anstrengung gemacht hat, wieder herauszukommen, obwohl er hervorragende Möglichkeiten dazu hatte" (UA S. 278). In dieser Hinsicht erwähnt das Schwurgericht die enge Bekanntschaft zu Blankenburg. Der Schluß, das zumindest nach dem Krieg freundschaftliche und familiäre Verhältnis zwischen beiden wäre nicht denkbar gewesen, wenn Lambert in der Spitze der T 4 tatsächlich eine Gruppe von Männern gesehen hätte, die ihn "gegen seinen Willen und gegen sein Gewissen zur Beteiligung an solch schrecklichen Massenmorden" gezwungen habe, ist möglich und liegt sogar nahe. Auch die weitere Begründung, die das Schwurgericht anführt, ist im Ergebnis nicht angreifbar. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Hinweis auf die Beispiele Ittner, Schütt und Unverhau (UA S. 280) aus den von der Revision angegebenen Gründen Bedenken erweckt.

Dieser Hinweis unterstreicht nur noch die bei den Beziehungen des Angeklagten Lambert nicht zweifelhafte und keineswegs von vornherein aussichtslose Möglichkeit, sich um seine Versetzung zu bemühen. Für die Überzeugung des Schwurgerichts, daß dem Angeklagten sein Verhalten nicht abgenötigt wurde, ist er ohne Bedeutung.

Diese Überzeugung schließt die Annahme eines Nötigungsstandes aus.

2. Das Schwurgericht hat bei seiner Beweiswürdigung nicht, wie die Revision meint, gegen die Grundsätze der Entscheidung BGHSt 2, 194, 201 verstoßen und die Bildungsstufe des Angeklagten sowie die politische und rechtliche Situation der damaligen Zeit außer acht gelassen. Die Erwägung, daß die dem Angeklagten "vor Augen liegenden Vernichtungsmaßnahmen so ungeheuerlich waren, daß auch der Primitivste die Unverbindlichkeit der dazu gegebenen Befehle gar nicht übersehen konnte" (UA S. 391) begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Da sich das Bewußtsein, Unrecht zu tun, umsomehr aufdrängt, je elementarer und unmittelbar einsichtiger die Norm ist, gegen die der Täter verstößt, hat das Schwurgericht zu Recht auch darauf abgestellt, daß "die elementaren Regeln menschlichen Zusammenlebens und strafgesetzlicher Ordnung mit Füßen getreten" wurden. Die von der Revision mehrfach angeführte Tatsache, daß auch Persönlichkeiten von intellektuellem Rang Führerbefehle als in jedem Fall verbindlich bezeichnet hätten, schließt eine bessere Erkenntnis im Einzelfall auf Grund der grauenhaften Vorkommnisse, welche die Angeklagten und auch Lambert täglich miterlebten, nicht aus.

3. Die Nichtanwendung der Vorschrift des § 47 Abs. 2 MStGB begegnet keinen Bedenken. Auch diese

Revision verkennt, daß die notstandsähnliche Konfliktslage berücksichtigt werden soll, in die der gehorchende Untergebene durch die Schuld des Vorgesetzten geraten ist. Danach kommt es, wie schon zur Revision des Angeklagten Dubois ausgeführt, entscheidend darauf an, ob der Schuldvorwurf mit Rücksicht auf den Befehlsdruck, der auf dem Untergebenen lastet, von so geringem Gewicht ist, daß jede Strafe als nicht mehr gerecht und als unerträgliche Härte erscheint (BGHSt 21, 139, 141). Das hat das Schwurgericht für Lambert rechtlich unangreifbar verneint.

4. Auch die Strafzumessung enthält keinen Rechtsfehler. Da das Schwurgericht nicht von Strafe abgesehen hat, blieb es entgegen der Ansicht der Revision an die gesetzliche Mindeststrafe gebunden (BGHSt 21, 139). Es ist dabei auch von dem richtigen Mindestmaß der Freiheitsstrafe (neun Monate) ausgegangen. Hinsichtlich der vom Schwurgericht ausgesprochenen und von der Revision beanstandeten Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gilt das zur Revision des Angeklagten Frenzel unter Nr. III Gesagte. Auf die durch die neue gesetzliche Regelung überholten Einwände der Revision braucht daher nicht eingegangen zu werden.

G) Die Revision des Angeklagten Fuchs

I. Die Verfahrensrüge

Die Rüge ist nicht näher ausgeführt und daher unbeachtlich (§ 344 Abs. 2 StPO).

II. Die Sachrüge

1. Es ist zwar richtig, daß das Schwurgericht bei der Strafzumessung (UA S. 168) von "nur durchschnitt-

lichen geistigen Fähigkeiten" des Angeklagten spricht, während es sich bei seiner Überzeugungsbildung darüber, daß dem Angeklagten bei der polizeilichen und richterlichen Vernehmung im Vorverfahren die Bedeutung seiner Aussage durchaus klar war, auch davon leiten ließ, Fuchs besitze eine "die meisten Angeklagten überragende intelligente Wendigkeit" (UA S. 117). Die Revision übersieht indessen nicht nur, daß diese Eigenschaft des Angeklagten ausdrücklich in einen begrenzenden Bezug zu den Fähigkeiten anderer Mitangeklagter gesetzt ist. Sie verkennt auch, daß das Schwurgericht mit dem Hinweis auf die Wendigkeit ersichtlich nur dartun wollte, daß Fuchs über eine schnelle Auffassungsgabe verfüge, die es ihm gestatte, jederzeit über die Bedeutung dessen, was besprochen wird, "im Bilde" zu sein. Diese Eigenschaft ist aber nicht notwendigerweise mit überdurchschnittlichen geistigen Fähigkeiten gleichzusetzen. Die Revision kann aus diesem angeblich nicht erklärbaren Widerspruch im übrigen auch deshalb keinen Gewinn ziehen, weil die vom Schwurgericht insoweit vorgenommene Beweiswürdigung (UA S. 114 - 119) in sich stimmig ist und keinen Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze enthält. Da das Schwurgericht von dem festgestellten Tatbeitrag des Angeklagten überzeugt war, ist entgegen der Ansicht der Revision auch der Rechtssatz "im Zweifel für den Angeklagten" nicht verletzt. Ein Verstoß gegen ihn liegt nicht schon dann vor, wenn das Gericht nach Auffassung des Angeklagten oder des Verteidigers Zweifel hätte haben müssen, sondern erst dann, wenn es sie erkennbar gehabt hat.

2. Motiv für das Handeln des Angeklagten war nach dem festgestellten Sachverhalt nur ein falsch verstandener blinder Gehorsam (UA S. 166). Daß das Schwurgericht keinen wirklichen oder vermeintlichen Nötigungsstand

nach § 52 StGB und keinen Notstand nach § 54 StGB angenommen hat, stellt demnach keinen Rechtsfehler dar.

3. Auch die Strafzumessungserwägungen halten der Revision stand. Daß Fuchs zwei Zeugen in die "von ihm bewußt herbeigeführte und während der Vernehmungen aufrechterhaltene Gefahr des Meineids gebracht hat" (UA S. 143, 170), durfte das Schwurgericht hier straferschwerend verwerten (vgl. BGH NJW 1954, 1416).

Hinsichtlich der Berichtigung des Urteilsspruchs wird auch hier auf die Ausführungen unter B III Bezug genommen.

H) Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft beanstandet die Auffassung des Schwurgerichts, der Angeklagte Wolf sei nur als Tatgehilfe, nicht als Täter anzusehen. Die Revision, die vom Generalbundesanwalt nicht vertreten wird, hat keinen Erfolg.

Die Staatsanwaltschaft verkennt die Bedeutung der zu dieser Frage getroffenen Feststellungen. Das Schwurgericht hebt wiederholt hervor, daß der Angeklagte aus einer ausgesprochen "servilen Haltung" nur bestrebt war, die ihm erteilten Befehle dienstfertig zu erfüllen (UA S. 218, 232, 233). Es sei nicht auszuschließen, daß er nicht aus eigenem Vernichtungswillen gehandelt habe, sondern nur gefügig und bereitwilligst seinen Vorgesetzten habe zu Diensten sein wollen (233). Auch wenn er innerhalb der Befolgung der Lagerordnung seine Befugnisse ausdehnend ausgelegt habe, so könne doch nicht sicher festgestellt werden, daß er ein eigenes politisches, rassistisches oder sonstiges inneres Interesse an der planmäßigen Judenvernichtung gehabt habe (UA S. 218).

Eine Befehlsüberschreitung "um aus eigenem Willen willkürlich zu töten oder gar töten zu lassen" sei nicht feststellbar (UA S. 223). Das Schwurgericht hat sich daher trotz gewisser Bedenken nicht sicher davon überzeugen können, daß sich Wolf etwa mit den befohlenen Vernichtungsmaßnahmen selbst identifizieren wollte; es hält es vielmehr für möglich, daß er in seiner Servilität nur die Zwecke der Befehlsgeber, allerdings bereitwilligst, fördern wollte (UA S. 232). Diese nach den getroffenen Feststellungen mögliche Schlußfolgerung kann mit der Revision nicht angegriffen werden. Wie das Urteil erkennen läßt, war sich das Schwurgericht darüber klar, daß es für die Frage, ob (Mit)täterschaft oder Beihilfe vorliegt, nicht entscheidend auf die Art des äußeren Tatbeitrages ankommt, sondern auf die innere Einstellung zur Tat (BGH MDR 1954, 529; BGHSt 8, 390, 391; 18, 87, 89). Diese muß beim Mittäter so sein, daß er - wie jeder andere als Täter Beteiligte - den ganzen Erfolg der Straftat als eigenen mitverursachen will. Er muß den "Täterwillen" haben, die Tat "als eigene" wollen, d.h. seinen eigenen Tatbeitrag nicht als Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der einander ergänzenden Tätigkeiten aller und dementsprechend die Handlungen der anderen als eine Ergänzung seines eigenen Tatanteils ansehen (BGHSt 6, 248, 249; 8, 393, 396). Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist auf Grund der gesamten Umstände wertend zu ermitteln. Bei dieser Wertung ist dem Schwurgericht kein Rechtsirrtum unterlaufen. Es hat sich mit seiner rechtlichen Würdigung entgegen der Ansicht der Revision auch nicht zu

den in BGHSt 18, 87 für die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch gesetzt.

Meyer Börtzler Spiegel

Die Bundesrichter Hürxthal und Salger sind beurlaubt und ortsabwesend. Sie können daher nicht unterschreiben.

Meyer

BIBLIOTHEK
des Bundesgerichtshofes Karlsruhe
Dienststelle Berlin (5. Strafsenat)
1 Berlin 19 (Charlottenburg)
Witzlebenstraße 4—5

Chelmno

2 StR 71/64

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

In der Strafsache

g e g e n

1.) den Kraftfahrer Gustav L a a b s aus Kaldenkirchen, geboren am 20. Dezember 1902 in Eleonorenhof, Kreis Greifenberg/Pommern, zur Zeit in Untersuchungshaft,

2.) den Revierleutnant der Schutzpolizei a.D. Ernst B u r m e i s t e r aus Frankfurt/Main, geboren am 4. April 1899 in Goldberg/Mecklenburg-Schwerin,

3.) den Klempnermeister Walter B u r m e i s t e r aus Flensburg, geboren am 2. Mai 1906 in Ahlbeck/Pommern, zur Zeit in Untersuchungshaft,

4.) den Revierleutnant der Schutzpolizei i.R. Alois H ä f e l e aus Karlsruhe, geboren am 5. Juli 1893 in Gündlingen/Kreis Freiburg i.Br., zur Zeit in Untersuchungshaft,

5.) den Arbeiter Karl H e i n l aus Duisburg-Hochfeld, geboren am 11. April 1912 in Hausham/Oberbayern, zur Zeit in Untersuchungshaft,

6.) den Polizeimeister i.R. Kurt M ö b i u s aus Aachen, geboren am 3. Mai 1895 in Magdeburg, zur Zeit in Untersuchungshaft,

7.) den Polizeihauptwachtmeister i.R. Walter B o c k aus Hannover-Herrenhausen, geboren am 16. Juni 1912 in Clenze/Kreis Lüchow/Dannenberg,

8.) den Packer Wilhelm H e u k e l b a c h aus Kierspe/Westfalen, dort geboren am 28. Februar 1911,

9.) den Heimarbeiter und Rentner Friedrich M a d e r h o l z aus Weißenburg/Bayern, dort geboren am 7. November 1919,

10.) den Gastwirt Anton M e h r i n g aus Amorbach/Odenwald, geboren am 25. März 1920 in Offenbach/Main,

11.) den Arbeiter Wilhelm S c h u l t e aus Altena/Westfalen, dort geboren am 23. Juni 1912,

12.) den Polizeioberwachtmeister Alexander S t e i n k e aus München, geboren am 16. März 1912 in Bytsch (Polen),

wegen gemeinschaftlicher Beihilfe zum Mord

U I - 137 -

hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs auf Grund der Verhandlung vom 20. November 1964 in der Sitzung vom 25. November 1964, woran teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Baldus
als Vorsitzender,

Bundesrichter Dr. Dotterweich
Bundesrichter Scharpenseel
Bundesrichter Meyer
Bundesrichter Henning
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt Dr. Lange
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizangestellter Wiedmann
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

I. Das Urteil des Schwurgerichts in Bonn vom 30. März 1963 wird mit den Feststellungen aufgehoben

1.) auf die Revision der Staatsanwaltschaft im Strafausspruch hinsichtlich des Angeklagten Häfele und soweit das Schwurgericht hinsichtlich der Angeklagten Bock, Heukelbach, Maderholz, Mehring, Schulte und Steinke von Strafe abgesehen hat,

2.) auf die Revisionen der Angeklagten Laabs, Ernst Burmeister, Walter Burmeister, Häfele, Heinl und Möbius im Strafausspruch.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Schwurgericht zurückverwiesen.

Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Angeklagten Laabs, Ernst Burmeister, Walter Burmeister, Häfele, Heinl und Möbius werden verworfen.

II. Die Revisionen der Angeklagten Bock, Heukelbach, Maderholz, Mehring, Schulte und Steinke werden verworfen; jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat die Angeklagten der gemeinschaftlichen Beihilfe zum Mord (Massenmord) schuldig befunden und hat im einzelnen erkannt

1.) gegen den Angeklagten L a a b s wegen zweier Fälle auf insgesamt 15 Jahre Zuchthaus,
2.) gegen den Angeklagten E r n s t B u r m e i s t e r auf drei Jahre und sechs Monate Zuchthaus,
3.) gegen den Angeklagten W a l t e r B u r m e i s t e r wegen zweier Fälle auf insgesamt 13 Jahre Zuchthaus,
4.) gegen den Angeklagten H ä f e l e wegen zweier Fälle auf insgesamt 15 Jahre Zuchthaus,
5.) gegen den Angeklagten H e i n l auf sieben Jahre Zuchthaus,
6.) gegen den Angeklagten M ö b i u s auf acht Jahre Zuchthaus.

Hinsichtlich der Angeklagten B o c k , H e u k e l b a c h , M a d e r h o l z , M e h r i n g , S c h u l t e und S t e i n k e hat es von Strafe abgesehen.

Mit ihren Revisionen wenden sich die Angeklagten und die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil, diese jedoch nur, soweit es die zuletzt genannten sechs Angeklagten und den Angeklagten Häfele betrifft. Mit Ausnahme der Beschwerdeführer Ernst Burmeister und Walter Burmeister machen die Angeklagten geltend, die Strafverfolgung sei verjährt. Ferner beanstanden die Beschwerdeführer Laabs, Ernst Burmeister, Walter Burmeister, Häfele und Heukelbach das Verfahren. Im übrigen rügen alle Angeklagten und die Staatsanwaltschaft die Verletzung sachlichen Rechts.

Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft sowie der Angeklagten Laabs, Ernst Burmeister, Walter Burmeister, Häfele, Heinl und Möbius haben teilweise Erfolg; die Revisionen der übrigen Angeklagten sind unbegründet.

A. Verfahrensvoraussetzungen

1.) Verjährung

Die - von Amts wegen vorzunehmende - Feststellung der Verfahrensvoraussetzungen hat ergeben, daß eine Verjährung der Strafverfolgung nicht eingetreten ist, weil, wie das Schwurgericht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zutreffend angenommen hat, für die den Angeklagten zur Last gelegten Straftaten die 20jährige Verjährungsfrist gilt. Die Bedenken, die in diesem Zusammenhang insbesondere die Revision des Angeklagten Heukelbach gegen die Rechtswirksamkeit und damit gegen die Anwendbarkeit des § 4 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939 (RGBl I 2378) erhebt, werden nicht geteilt, was der Senat bereits in seinem - nicht veröffentlichten - Urteil vom 2. Oktober 1963 - 2 StR 269/63 - zum Ausdruck gebracht hat. Trotz der kritischen Stellungnahme

der Revision hierzu gibt auch die erneute Überprüfung zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlaß, so daß die geltend gemachten Gesichtspunkte nicht nochmals sämtlich erörtert zu werden brauchen. Folgendes sei jedoch bemerkt:

a) Aus dem Beschluß des Großdeutschen Reichstages vom 26. April 1942 (RGBl I 247), auf den sich die Revision des Angeklagten Heukelbach mit besonderem Nachdruck beruft, kann nichts gegen die Wirksamkeit des Erlasses des "Führers" über die Bildung eines Ministerrats für die Reichsverteidigung vom 30. August 1939 (RGBl I 1539) hergeleitet werden. Die Herbeiführung jenes Beschlusses war, wie schon in BGHSt 5, 230, 232 gesagt ist, eine im Hinblick auf die formelle Wirksamkeit sog. Führererlasse überflüssige Maßnahme; denn Hitlers umfassende Staatsgewalt war längst anerkannt, und zwar nicht erst damals, sondern weit früher und jedenfalls zu der hier maßgeblichen Zeit des Kriegsbeginns. Diese Tatsache hatte den V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs veranlaßt, in BGHZ 5, 76, 94 ff bereits die "Verordnung des Führers und Reichskanzlers zur Durchführung des Vierjahresplanes" vom 18. Oktober 1936 (RGBl I 887) als rechtsgültig anzusehen und zu behandeln. Was die Revision hiergegen vorbringt, ist verfehlt. Teils läßt sie die Entwicklung außer acht, die das Deutsche Reich seit 1933 in staatsrechtlicher Hinsicht genommen hatte, teils beruft sie sich auf Normen des heutigen Verfassungsstaates, die für die Beurteilung der formellen Gültigkeit von Rechtsvorschriften des sog. Dritten Reiches nicht herangezogen werden können. Unrichtig ist ihre Behauptung, der Bundesgerichtshof habe in BGHSt 5, 230 den Zeitpunkt für die "Gesetzgebungsbefugnis" Hitlers wesentlich später angenommen, als es in BGHZ 5, 76 geschehen sei. Daß in BGHSt 5, 230 auf das Jahr 1943 abgestellt ist, beruht ersichtlich darauf, daß Gegenstand dieser Entscheidung

die Frage der Wirksamkeit des "Führererlasses" vom 19. Mai 1943 (RGBl I 315) war. Infolgedessen rechtfertigt die Wendung dieses Urteils, "daß Hitler im Jahre 1943 alle Staatsgewalt in seiner Hand vereinigte", nicht die daraus von der Revision abgeleitete Folgerung. Vielmehr macht im Zusammenhang mit den übrigen Urteilsausführungen der Hinweis auf BGHZ 5, 76 gerade die Übereinstimmung in der Auffassung der beiden Senate deutlich, so daß von einem, wie die Revision meint, verfehlten Zitat keine Rede sein kann.

b) Zu dem Einwand, der Ministerrat für die Reichsverteidigung habe mit der Verordnung gegen die Gewaltverbrecher die ihm durch den Erlaß vom 30. August 1939 erteilten Befugnisse überschritten, und aus diesem Grunde entbehre jene Verordnung der rechtlichen Wirksamkeit, hat der Senat schon in dem Urteil vom 2. Oktober 1963 - 2 StR 269/63 - Stellung genommen und des näheren dargelegt, daß die Worte "zur einheitlichen Leitung der Verwaltung und Wirtschaft" nicht in dem einschränkenden Sinne gemeint waren und verstanden worden sind, den ihnen die Revision beilegen will. Hiervon abzugehen, gibt weder das von dieser vorgetragene sprachwissenschaftliche Gutachten noch ihr sonstiges Vorbringen Anlaß. Entscheidend abzustellen ist vielmehr auf den in jenem Urteil aufgezeigten Gebrauch, den der Ministerrat von der Ermächtigung gemacht hat, ohne in den Jahren bis zum Zusammenbruch jemals und irgendwo auf Widerspruch gestoßen zu sein. Der Vorwurf der Revision, eine solche Beweisführung sei ein typischer Kreisschluß, geht schon deshalb fehl, weil er auf der unrichtigen Voraussetzung beruht, die Verordnungen des Ministerrats seien durchweg Willkürmaßnahmen gewesen.

c) Daraus, daß die Verordnung gegen Gewaltverbrecher nicht von allen Mitgliedern des Ministerrats, sondern nur von Göring,

Frick und Lammers unterzeichnet ist, lassen sich Bedenken gegen die Gültigkeit nicht herleiten. Die Beschränkung auf die Unterzeichnung durch den Vorsitzenden, durch das - ersichtlich - federführende Mitglied und durch das mit der Führung der Geschäfte des Ministerrats beauftragte Mitglied entspricht der auch sonst bei der Verkündung von Gesetzen oder gesetzesgleichen Vorschriften früher wie heute üblichen Handhabung. Einer besonderen amtlichen Bekanntmachung bedurfte es dazu nicht.

d) Daß § 4 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher für den gesamten Bereich des Strafrechts gelten sollte und galt, hat nicht nur der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der von der Revision angeführten Entscheidung NJW 1962, 2209 angenommen, sondern hatte schon zuvor, wenn auch ohne nähere Begründung, der erkennende Senat in BGHSt 6, 373 ausgesprochen. Hieran hat er in dem Urteil vom 2. Oktober 1963 - 2 StR 269/63 - festgehalten und dabei im wesentlichen die Gesichtspunkte erörtert, die, ebenso wie die Revision des damaligen Angeklagten, nunmehr die Revision des Angeklagten Heukelbach geltend macht.

Trotz der Breite ihrer Darlegungen bringt diese nichts, was zu einer Änderung der Rechtsauffassung führen müßte, zu welcher der Senat in Übereinstimmung mit der Ansicht des 5. Strafsenats gelangt war, die dieser übrigens auch in seinem Urteil vom 9. April 1963 - 5 StR 22/63 - aufrechterhalten hat. Insbesondere läßt sich den zahlreichen Entscheidungen, auf die sich die Revision beruft, nicht entnehmen, daß darin eine von der Entscheidung RGSt 75, 52 abweichende Meinung über die Tragweite des § 4 aaO zum Ausdruck komme. Keines dieser Urteile enthält in den veröffentlichten Teilen Ausführungen zum Strafmaß, offenbar deshalb, weil die Sach- und Rechtslage

dazu keinen Anlaß gab. Infolgedessen besagt es für die Frage der Wirksamkeit des § 4 aaO nichts, daß diese Vorschrift selbst in solchen Entscheidungen nicht erwähnt ist, die Beihilfehandlungen oder Versuchstaten zum Gegenstand hatten. Hier zu § 4 aaO Ausführungen zu machen, würde ja nur Sinn gehabt haben, wenn eine Strafe in Betracht gekommen wäre, die sich nicht mehr innerhalb des - ursprünglichen - Strafrahmens des § 44 StGB aF bewegt hätte. Gerade das traf aber auch in dem von der Revision besonders hervorgehobenen sog. Badewannenfall (RGSt 74, 84) nicht zu, in dem nach den Erklärungen von Hartung in JZ 1954, 430 das Reichsgericht eine des Mordes beschuldigte Angeklagte dadurch vor der Todesstrafe hat bewahren wollen, daß es Täterschaft verneinte und Beihilfe annahm. Daß, wie die Revision behauptet, diese Bemühungen sinnlos gewesen wären, wenn § 4 aaO für den Bereich des gesamten Strafrechts gegolten hätte, ist unrichtig; denn bei Bejahung der Täterschaft wäre die Verhängung der Todesstrafe unabweislich gewesen, während eine Beurteilung als Beihilfe die Möglichkeit eröffnete, auf eine mildere Strafe zu erkennen, auch wenn der Zwang zur Milderung durch § 4 aaO beseitigt war.

Ausdrücklich angeführt ist diese Bestimmung im übrigen nur in der Entscheidung DJ 1940, 598, in der einleitend berichtet wird, daß die Strafkammer bei versuchter Notzucht eine Ermäßigung der Strafe unter Berufung auf § 4 aaO versagt hatte. Selbst hier hat sich das Reichsgericht zu dessen Anwendbarkeit nicht geäußert, sondern nur geprüft, ob nach dem festgestellten Sachverhalt die Tat unter § 1 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher fiel und ob deshalb nach § 3 dieser Verordnung das Sondergericht für die Aburteilung zuständig war.

Allein mit den Voraussetzungen des § 1 aaO befassen sich auch die Entscheidungen RGSt 75, 110 und 75, 293. Lediglich darauf bezieht sich die Wendung, die Verordnung vom 5. Dezember 1939 finde nur auf Gewaltverbrecher Anwendung. Sie bildet erkennbar die Antwort auf die in früheren Urteilen des Reichsgerichts offen gelassene Frage, ob § 1 aaO auf Personen beschränkt sei, die - so DJ 1940, 598 - den Tätertyp des Gewaltverbrechers darstellten oder die - so DR 1940, 361 - nach gesundem Volksempfinden als Gewaltverbrecher anzusehen seien. Dafür, daß zugleich der Anwendungsbereich des § 4 aaO habe entsprechend eingeengt werden sollen, fehlt jeder Anhalt; im Gegensatz zu RGSt 75, 52 ging es hier nicht um die Anwendung dieser Vorschrift. Im übrigen wäre, wenn eine solche Beschränkung hinsichtlich des § 4 aaO hätte ausgesprochen werden sollen, wie sie die Revision des Angeklagten Heukelbach der zuvor angeführten, allgemein gehaltenen Wendung glaubt entnehmen zu können, eine Anrufung des Großen Senats für Strafsachen gerade durch die beiden Senate geboten gewesen, welche die Urteile RGSt 75, 110 und 75, 293 erlassen haben; denn sie wären damit von der zuvor in RGSt 75, 52 vertretenen Rechtsansicht abgewichen. Daß der Große Senat für Strafsachen nicht angegangen wurde, ist mit ein Zeichen dafür, daß jene Senate sich mit ihren Entscheidungen nicht im Gegensatz zu RGSt 75, 52 haben setzen wollen und auch nicht gesetzt haben.

Ebensowenig kann damit, daß bei Einführung des § 4 aaO die §§ 44 und 49 StGB aF in ihrem Wortlaut nicht geändert wurden, die Wirksamkeit jener Bestimmung in Zweifel gezogen werden. Wie Zeitpunkt und Umstände, unter denen die Gewaltverbrecherverordnung erging, deutlich erkennen lassen, wurde sie, worauf das Schwurgericht mit Recht hingewiesen hat, als Zeitgesetz für die Dauer der außenpolitischen Spannungen, d.h.

für die Dauer des Krieges erlassen. Daß sie in einem Teil des Fachschrifttums jener Zeit begrüßt wurde, weil darin nationalsozialistische Rechtsauffassungen ihren Niederschlag gefunden hätten, ändert an dem nur vorläufigen Charakter der Verordnung nichts. Schon deshalb ist aus der Nichtänderung der §§ 44 und 49 StGB aF nichts für die Beantwortung der Frage zu gewinnen, welchen Geltungsbereich § 4 aaO haben sollte und hatte. Die Unterlassung hat auch nicht dazu geführt, daß bis zum Inkrafttreten der Verordnung zur Durchführung der Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943 (RGBl I 339) für denselben Tatbestand zwei verschiedene Bestimmungen nebeneinander bestanden. Die Einführung des § 4 aaO hatte vielmehr zur Folge, daß bis zu jenem Zeitpunkt er in Verbindung mit den §§ 44 und 49 StGB aF den Strafrahmen für Versuch und Beihilfe bestimmte. Hiervon abgesehen blieben die §§ 44 und 49 StGB aF unberührt. Infolgedessen kann von einem "unmöglichen Nebeneinander" verschiedener Vorschriften für denselben Tatbestand keine Rede sein; daher bedarf das, was die Revision des Angeklagten Heukelbach hierzu vorträgt, keiner Erörterung.

Das gilt auch, soweit diese aus dem Inhalt des § 4 aaO Bedenken gegen deren Gültigkeit herzuleiten sucht. Sicherlich hat die von nationalsozialistischen Autoren gefeierte "Befreiung des Richters vom Zwang der Milderbestrafung" mit den Absichten der Machthaber des sog. Dritten Reiches im Einklang gestanden. Trotzdem kann die Änderung des Strafrahmens für den Versuch, wie sie § 4 aaO brachte, nicht als Ausdruck einer typisch nationalsozialistischen, jeder rechtsstaatlichen Ordnung widersprechenden Auffassung bezeichnet werden. Hiergegen spricht entscheidend, daß diese Vorschrift - zwar nicht in ihrem Wortlaut, aber doch in ihrem Inhalt - nach wie vor geltendes Recht ist, und daß sie außerdem mit den Regelungen in den Strafgesetzbüchern anderer demokratischer Länder, so

der Schweiz, übereinstimmt, was die Ausführungen der Revision hinfällig macht.

Diese Übereinstimmung entzieht zugleich den Angriffen den Boden, mit denen die Revision des Angeklagten Heukelbach die Wirksamkeit des § 44 StGB nF in Zweifel ziehen will. Darüber, ob in Zukunft die Strafandrohung für Versuch und Beihilfe, wie sie jetzt geregelt ist, beibehalten oder ob der frühere Rechtszustand wieder hergestellt werden soll, mögen die Ansichten geteilt sein; für die Frage der Gültigkeit des § 44 StGB nF besagt diese Meinungsverschiedenheit nichts.

Zu dem, was die Revision des Angeklagten Heukelbach sonst noch zu der nach ihrer Ansicht fehlenden Wirksamkeit des § 4 aaO vorbringt, braucht nicht erneut Stellung genommen zu werden; insoweit genügt es, auf die Ausführungen in dem Urteil des Senats vom 2. Oktober 1963 - 2 StR 269/63 - zu verweisen.

2.) Verbrauch der Strafklage

Entgegen der Meinung der Revision des Angeklagten Häfele steht der Durchführung des Verfahrens gegen ihn die Verurteilung in einem Spruchkammerverfahren nicht entgegen, auch wenn dort der Einsatz in Chelmno Gegenstand der Anklage war. Wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat, wird die Strafklage nur durch das Urteil eines deutschen Gerichts verbraucht (vgl. BGHSt 3, 110, 113; 6, 176; auch OGHSt 2, 375, 376). Das Verbot der Doppelbestrafung, wie es Art. 103 Abs. 3 GG vorsieht, greift daher nicht Platz.

B) Revisionen der Angeklagten

I. Verfahrensrügen

1.) Laabs

a) Der Vorwurf, der Angeklagte sei in seiner Verteidigung dadurch in unzulässiger Weise beschränkt worden, daß der Vorsitzende des Schwurgerichts den während der Hauptverhandlung zum Verteidiger bestellten Rechtsanwalt Joachim Bungart über das bisherige Ergebnis der Hauptverhandlung nicht unterrichtet habe, greift schon aus tatsächlichen Gründen nicht durch. Ausweislich der gerichtlichen Niederschrift vom 5. März 1963 (Bd. 61 Bl. 159, 160 d.A.) ist nämlich Rechtsanwalt Bungart nicht anstelle des Verteidigers Rechtsanwalt Schumacher, sondern neben diesem dem Angeklagten als Verteidiger beigeordnet worden. Beide Rechtsanwälte haben sodann gemeinsam die Verteidigung des Angeklagten geführt. Zwar hat sich Rechtsanwalt Schumacher, wie das Protokoll ergibt, nach der Beiordnung von Rechtsanwalt Bungart am 5. März 1963 aus der Hauptverhandlung entfernt und war auch am folgenden Tage sowie am 21. März 1963 bei der Verhandlung nicht zugegen. An allen übrigen, in die Zeit nach dem 5. März 1963 fallenden Verhandlungstagen ist er aber anwesend gewesen und hat sich vor allem an den Schlußvorträgen der Verteidiger beteiligt, indem er für den Angeklagten Ausführungen gemacht und Anträge gestellt hat. Schon deshalb lag für die von der Revision als notwendig bezeichnete Unterrichtung des zweiten Verteidigers durch den Vorsitzenden des Schwurgerichts kein Anlaß vor, so daß die Frage, ob hierzu überhaupt eine Rechtspflicht bestand, keiner Beantwortung bedarf.

b) Ob mit Rücksicht darauf, daß die §§ 44 und 49 StGB aF sowie § 4 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher im Eröffnungsbeschluß nicht besonders angeführt sind, ein Hinweis

notwendig war, wie ihn § 265 Abs. 1 StPO bei veränderter Rechtslage vorschreibt, kann dahinstehen, weil ausgeschlossen ist, daß das Unterbleiben des Hinweises den Angeklagten in seiner Verteidigung beeinträchtigt hat. Die ausführlichen Erwägungen des Schwurgerichts in den Urteilsgründen sowie das eigene Vorbringen der Revision ergeben mit aller Deutlichkeit, daß die Frage der Anwendbarkeit jener Vorschriften in der Hauptverhandlung eingehend behandelt und erörtert worden ist. Sich auch insoweit zu verteidigen, war damit dem Angeklagten hinreichend Gelegenheit gegeben. Dafür, daß, wie die Revision behauptet, ein Hinweis eine noch eingehendere - sachdienliche - Würdigung dieser Frage durch die Verteidigung ermöglicht hätte, fehlt jeder Anhalt.

c) Die Rüge, der Zeuge Ismer hätte gemäß § 60 Nr. 3 StPO nicht vereidigt werden dürfen, weil er als Mittäter in Betracht gekommen sei, scheitert schon daran, daß sie nicht der Vorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend angebracht worden ist. Die dort vorgeschriebene Angabe von Tatsachen kann nicht durch die Bezugnahme auf die Revisionsrechtfertigungsschrift eines Mitangeklagten ersetzt werden.

Im übrigen würde die Rüge, selbst wenn sie ordnungsmäßig erhoben wäre und auch der behauptete Verstoß vorläge, ohne Erfolg bleiben. Der Angeklagte hat, wie in den Urteilsgründen (S. 63 UA) bemerkt ist, die zu seinem Einsatz in Chelmno getroffenen, dem Schuldspruch zugrunde gelegten Feststellungen eingeräumt. Demnach ist die Vereidigung des Zeugen Ismer auf die Verurteilung ohne Einfluß geblieben.

2.) Ernst Burmeister

a) Die Verlesung von deutschen Übersetzungen der in polnischer Sprache abgefaßten Protokolle über die bei Besichtigung

eines sog. Gaswagens getroffenen Feststellungen sowie über die Vernehmung des - inzwischen hingerichteten - stellvertretenden Lagerkommandanten Piller verstieß nicht gegen § 249 StPO. Da die Übersetzungen den Beglaubigungsvermerk eines beeidigten Gerichtsdolmetschers tragen, dessen Unterschrift zudem gerichtlich beglaubigt ist, konnten sie verlesen werden, ohne daß ihre Richtigkeit in der Hauptverhandlung, sei es durch den Dolmetscher, sei es auf andere Weise, nochmals festgestellt zu werden brauchte (vgl. RGSt 51, 93). Überdies würde das Urteil auf einem etwaigen Verstoß nicht beruhen: Die Konstruktion der "Gaswagen" war unbestritten; die Angaben des Lagerführers Piller hat das Schwurgericht nicht zuungunsten des Angeklagten verwertet (S. 87 UA).

b) Daß die Ablehnung des von dem Verteidiger gestellten Hilfsbeweisantrages, soweit er auf Vernehmung des Sachverständigen Dr. Seraphim über die dem Angeklagten drohenden Folgen einer Gehorsamsverweigerung gerichtet war, von der Begründung getragen wird, es handle sich um eine Rechtsfrage (S. 228/229 UA), ist mit der Revision zu bezweifeln; denn der Sinn des Antrages war ersichtlich der, den Sachverständigen darüber zu hören, welche Erkenntnisse er über die Behandlung gewonnen hatte, die in anderen Fällen Gehorsamsverweigerern zuteil geworden ist. Der Mangel wirkt sich indessen auf den Bestand des Urteils nicht aus, weil es auf jene Erkenntnisse bei der Auffassung, zu der das Schwurgericht gelangt ist, nicht ankam. Dieses ist nämlich nicht davon ausgegangen, daß der Angeklagte gefahrlos den Gehorsam hätte verweigern können, hat vielmehr angenommen, der Angeklagte habe Befehlsgehorsam als oberstes Prinzip seines Berufes angesehen und daher gar nicht in Erwägung gezogen, die Ausführung eines Befehls abzulehnen oder ihm auch nur auszuweichen.

3. Walter Burmeister

Unbegründet ist die Rüge, das Landgericht habe bei der Urteilsfindung zum Nachteil des Angeklagten möglicherweise Angaben der Zeugen Skrebnik und Zurawski verwertet, die diese bei ihrer - wiederholten - Anhörung in der Hauptverhandlung vom 18. Januar 1963 gemacht hätten, als der Beschwerdeführer infolge vorübergehender Abtrennung des Verfahrens gegen ihn nicht prozeßordnungsmäßig vertreten gewesen sei. Hierzu ergibt die Sitzungsniederschrift: Beide Zeugen sind tags zuvor in Anwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers abschließend vernommen und danach in allseitigem Einverständnis entlassen worden. Um ihre nochmalige Anhörung kamen sodann am 18. Januar 1963 die Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft mit einem schriftlich formulierten Beweisantrage folgenden Inhalts ein:

> "In der Strafsache gegen Gustav Laabs u.A. wegen Mordes, hier betr. Ernst Burmeister, beantragen wir die nochmalige Vernehmung der an Gerichtsstelle heute anwesenden Zeugen Zurawski und Srebnik.
>
> Diese werden bekunden:
> Der Angeklagte Ernst Burmeister habe 1944 in Chelmno eine Geliebte gehabt, die mit ihrem Vater am Fluß Ner gewohnt habe, und zwar dort, wo der Häftling Goldberg erschossen worden sei. Der Angeklagte Ernst Burmeister habe seine Geliebte oft in ihrem Hause besucht.
>
> Der Zeuge Srebnik wird darüber hinaus bekunden, die 4 Häftlinge, die die Leiche Goldbergs wegtragen mußten, hätten ihm erzählt, der Vater der Geliebten des Ernst Burmeister habe Goldberg bei dem Überqueren

des Ner helfen sollen, dann jedoch die Fußkette entdeckt und den Häftling den in seinem Hause befindlichen "Ernst" verraten. Dieser habe daraufhin Goldberg erschossen.

Die Häftlinge, die Goldberg weggeschafft hätten, hätten ihm "Ernst" beim Morgenappell gezeigt, Ernst habe silberne Schulterstücke gehabt.

Zurawski wird ferner bekunden, seine Kameraden hätten ihm berichtet, "Ernst" habe Häftlinge geschlagen.

Beide Zeugen werden bekunden, "Ernst" sei der Chef der Wachpolizisten gewesen. Die vorstehenden Aussagen hätten sie bei ihrer Vernehmung deshalb nicht gemacht, weil sie in ihrer Aufregung aus sich heraus an diese Einzelheiten nicht gedacht hätten und auch bezgl. dieser Einzelheiten nicht gefragt worden seien."

Diesem Antrag, der sonach des näheren umschriebene, allein den Mitangeklagten Ernst Burmeister betreffende Vorgänge zum Gegenstand hatte, wurde stattgegeben; die Zeugen wurden - erneut - zur Sache gehört.

Damit besagt die gerichtliche Niederschrift auf Grund der Beweiskraft, die ihr nach § 274 StPO zukommt, daß sich die Vernehmung der Zeugen allein auf die in dem Beweisantrage behaupteten Begebenheiten erstreckt hat. Dem steht nicht entgegen, daß dem Zeugen Zurawski zur Klärung von Widersprüchen frühere Aussagen vor der polnischen Polizei vorgehalten worden sind, die sich in deutscher Übersetzung in dem für den Angeklagten Walter Burmeister angelegten Band 8 der Akten befinden; denn Zurawski war damals nicht nur über den Beschwer-

deführer befragt und vernommen, sondern zugleich aufgefordert worden, sich auch über den Mitangeklagten Ernst Burmeister zu äußern, worauf er erklärt hatte, ein zweiter Mann namens Burmeister sei ihm nicht bekannt. Mit dieser Angabe war die in dem Beweisantrage der Staatsanwaltschaft enthaltene Behauptung, der Zeuge sei in der Lage, Einzelheiten über das Verhalten von Ernst Burmeister bei dessen Einsatz in Chelmno zu bekunden, nicht vereinbar. Daraus ist zu entnehmen, daß sich der Vorhalt nur auf die früheren Angaben zur Person des Mitangeklagten Ernst Burmeister erstreckt hat.

4.) Häfele

Das zuvor Gesagte gilt entsprechend für die Verfahrensrüge des Angeklagten Häfele. Auch hier ist im Hinblick auf den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft, der zu der erneuten Anhörung der Zeugen Skrebnik und Zurawski führte, auszuschließen, daß sich deren Bekundungen auf den Beschwerdeführer bezogen haben.

5.) Heukelbach

Die verfahrensrechtlichen Beanstandungen des Angeklagten Heukelbach bedürfen keiner besonderen Erörterung. Insoweit kann auf die Ausführungen in den Abschnitten B I 1 b und c zur Revision des Mitangeklagten Laabs verwiesen werden. Daß die zu dem Einsatz des Angeklagten in Chelmno getroffenen, dem Schuldspruch zugrunde gelegten Feststellungen auf dessen Geständnis beruhen, ist zwar - anders als bei dem Angeklagten Laabs - im Urteil nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang.

II. Sachbeschwerden

1.) In sachlichrechtlicher Hinsicht unterliegt das Urteil zum Schuldspruch im Ergebnis keinen Bedenken. Was die Revisionen der Angeklagten insoweit vorbringen, greift nicht durch.

a) Abwegig ist die Meinung, die Befolgung des "Führerbefehls zur Endlösung der Judenfrage" könne nicht als strafbar angesehen werden, wenn in der Rechtsprechung andere "Führerbefehle", wie z.B. der Erlaß über die Bildung eines Ministerrats für die Reichsverteidigung, als Gesetz anerkannt und behandelt würden. Abgesehen davon, daß es sich bei dem "Führerbefehl zur Endlösung der Judenfrage" um einen geheim gehaltenen Erlaß handelte, dem schon deshalb der formelle Charakter eines Gesetzes nicht zugesprochen werden könnte, würde er, selbst wenn er ein solches wäre, wegen seiner verbrecherischen Zielsetzung jeder Wirkung entbehren.

b) Die Tatsache, daß in dem sog. Nürnberger Kriegsverbrecherprozeß die Verurteilung Görings wegen seiner Beteiligung an der Judenausrottung nicht auf § 211 StGB gestützt worden ist, steht hier einer Beurteilung seines Verhaltens nach dieser Vorschrift nicht entgegen. Für das internationale Gericht war das deutsche Strafrecht nicht verbindlich, so daß die Nichtheranziehung des § 211 StGB für die Frage seiner Anwendbarkeit im anhängigen Verfahren nichts besagt.

c) Daß die Angeklagten bei ihrer Verwendung als Wachposten eine Tätigkeit ausgeübt hätten, die sich, wie die Beschwerdeführer Ernst Burmeister, Heukelbach und Steinke geltend machen, im Rahmen der damaligen Aufgaben der Schutzpolizei gehalten habe, also "wertneutral" gewesen sei und daher nicht als Beihilfe zum Mord gewertet werden könne, trifft nicht zu. Nach den Feststellungen, wie sie das Schwurgericht getroffen

hat, haben die Angeklagten allein durch ihre Zugehörigkeit zu dem Sonderkommando, das eigens für die Ausrottung der jüdischen Bevölkerung Polens und gewisser anderer nach der Behauptung der Täterheber lebensunwerter Bevölkerungsgruppen gebildet worden war, bei der Tötung der Opfer Hilfe geleistet. Die Art der Aufgaben, die ihnen bei Durchführung der einzelnen Aktionen oblagen, ist daher - jedenfalls in diesem Zusammenhang - ohne Bedeutung. Deshalb ist es auch verfehlt, wenn die Revision des Angeklagten Heukelbach die Handlungsweise der Angeklagten mit dem Verhalten eines Gefängnisbeamten gleichstellen will, der einen unschuldig Verurteilten, der getötet werden soll, bewacht und an der Flucht hindert. Auf die Beurteilung der Tätigkeit der Angeklagten als Beihilfe zum Mord ist ferner ohne Einfluß, daß die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen andere Personen, die gleichfalls Wachposten in Chelmno waren, eingestellt hat.

d) Unvereinbar mit den Urteilsfeststellungen ist die Behauptung des Beschwerdeführers Maderholz, sein Wille sei nur auf die Ausführung der ihm gegebenen Befehle, nämlich Bewachen und Schlagen, gerichtet gewesen, nicht aber auf das Töten der Opfer. Damit erweisen sich zugleich die Folgerungen als gegenstandslos, welche die Revision aus diesem Vorbringen ableiten will.

e) Daß die Angeklagten vorsätzlich gehandelt haben und sich auch des verbrecherischen Charakters der Tötungen bewußt gewesen waren, hat das Schwurgericht in rechtlich nicht angreifbarer Weise dargetan. Zu Unrecht behaupten mehrere Beschwerdeführer, die Feststellungen zur inneren Tatseite verstießen gegen Denkgesetze oder seien unzureichend und widerspruchsvoll. Das gilt auch, soweit das Schwurgericht auf S. 247 UA davon spricht, daß diejenigen Angeklagten, die reine Bewachungsaufgaben wahrzunehmen hatten und dabei beobachteten, daß die

Opfer vielfach getäuscht wurden oder in ihr Schicksal ergeben waren, sich in die Vorstellung flüchteten, die gesamte Aktion liefe auch ohne ihr Zutun ab und sie täten nichts, was zu den Tötungen beitrage. Mit diesen Erwägungen hat das Schwurgericht ersichtlich nicht verneinen wollen und nicht verneint, daß auch jene Angeklagten um die Ursächlichkeit gewußt haben, vielmehr hat es, wie der nachfolgende Satz deutlich ergibt, zum Ausdruck gebracht, daß trotz dieser Kenntnis das Maß ihrer Schuld geringer bewertet werden könne als das anderer Angeklagter.

f) Die Ausführungen des Urteils zu § 47 MilStGB in der Fassung der Verordnung über die Neufassung des Militärstrafgesetzbuches vom 10. Oktober 1940 - RGBl. I 1347 - lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Davon, ob die Angeklagten über die Möglichkeit einer Befehlsverweigerung belehrt worden sind, hängt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht ab. Das Schwurgericht hat auch rechtsirrtumsfrei das Wissen aller Angeklagten darum festgestellt, daß die ihnen erteilten und von ihnen ausgeführten Befehle ein Verbrechen schwerster Art, nämlich die Tötung unschuldiger Menschen, bezweckten (S. 227 UA).

g) Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers Heukelbach sind die Darlegungen des Urteils zum Verbotsirrtum weder unklar noch unzureichend. Sie lassen vielmehr unmißverständlich erkennen, daß das Schwurgericht das Vorliegen eines Verbotsirrtums zwar angenommen, ihn jedoch als vermeidbar angesehen hat.

h) Alle Einwendungen der Revisionen, die sich gegen die Annahme richten, keiner der Angeklagten habe im Nötigungs- oder Notstand der §§ 52, 54 StGB gehandelt, scheitern an

der Feststellung, daß keiner von ihnen einen Ausweichversuch ernsthaft verfolgt habe, weil ihr Wille infolge ihrer Befehlsergebenheit tatsächlich nicht gebeugt worden sei. Bei dieser Sachlage bestand für das Schwurgericht kein Anlaß zu erörtern, ob und auf welchem Wege es den Angeklagten etwa möglich gewesen wäre, von dem Einsatz in Chelmno frei zu kommen. Der in diesem Zusammenhang von der Revision des Angeklagten Heukelbach behauptete Widerspruch in den Urteilsgründen liegt nicht vor. Der Umstand, daß das Schwurgericht die für die Beurteilung der Voraussetzungen der §§ 52, 54 StGB maßgebenden Tatsachen möglicherweise anders, als geschehen, hätte werten können, macht seine Würdigung nicht rechtlich fehlerhaft. Diese ist auch nicht deshalb angreifbar, weil in einem anderen Verfahren ein Schwurgericht in tatsächlicher Hinsicht zu einer abweichenden Auffassung gelangt und weil dessen Entscheidung vom Bundesgerichtshof bestätigt worden ist, der im Rahmen der Sachbeschwerde nur eine auf Rechtsfehler beschränkte Nachprüfung vorzunehmen hat. Im übrigen ist, wie aus der Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. Januar 1964 - 1 StR 498/63 - hervorgeht, in jenem schwurgerichtlichen Urteil über das, was die Revision des Angeklagten Heukelbach anführt, hinaus festgestellt worden, daß für die beiden - dort - Angeklagten die Angst um ihr eigenes Leben der entscheidende Beweggrund für ihre Mitwirkung war und daß beide nach besten Kräften Möglichkeiten erwogen haben, dem Befehl aus dem Wege zu gehen.

i) Die Meinung des Beschwerdeführers Häfele, das Schwurgericht hätte - zumindest - nur <u>eine</u> fortgesetzte Handlung annehmen dürfen, ist offensichtlich unbegründet.

2.) a) Zu beanstanden ist das Urteil nur insofern, als das Schwurgericht die Zahl der Opfer, zu deren Tötung die Angeklagten durch ihre Zugehörigkeit zu dem Sonderkommando jeweils Beihilfe geleistet haben, bei der Festlegung des Schuldumfanges und bei der Bemessung der Strafen nicht mitberücksichtigt hat. Das war erforderlich, weil, wie der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, so schon in BGHSt 1, 219, 222, zum Ausdruck gebracht hat, der Richter Schuldspruch und Strafe nicht auf eine unsichere Gesamtvorstellung sondern nur auf bestimmte Tatsachen stützen darf, von deren wirklichem Geschehen er überzeugt ist. Das Schwurgericht hätte daher der Urteilsfindung die Mindestzahl der Opfer zugrunde legen müssen, wie sie sich für jeden Angeklagten aus den zu dem Einsatz des Einzelnen in Chelmno gesondert getroffenen Feststellungen in Verbindung mit den allgemeinen Angaben über die Anzahl der in den beiden Lagerperioden getöteten Menschen (Abschnitt A V der Urteilsgründe) ergibt. Danach haben während der jeweiligen Dauer ihres Einsatzes mitgewirkt

1.) der Angeklagte Laabs bei der Tötung von mindestens 45 000 Menschen in der ersten Lagerperiode und von mindestens 7 100 in der zweiten Lagerperiode,
2.) der Angeklagte Ernst Burmeister bei der Tötung von mindestens 3 600 Menschen,
3.) der Angeklagte Walter Burmeister bei der Tötung von mindestens 145 000 Menschen in der ersten und von mindestens 7 100 Personen in der zweiten Lagerperiode,
4.) der Angeklagte Häfele bei der Tötung von mindestens 89 000 Menschen in der ersten und von mindestens 7 100 Personen in der zweiten Lagerperiode,

5.) der Angeklagte Heinl bei der Tötung von mindestens 27 000 Menschen,

6.) der Angeklagte Möbius bei der Tötung von mindestens 100 000 Menschen,

7.) der Angeklagte Bock bei der Tötung von mindestens 70 000 Menschen,

8.) der Angeklagte Houkelbach bei der Tötung von mindestens 45 000 Menschen,

9.) der Angeklagte Maderholz bei der Tötung von mindestens 65 000 Menschen,

10.) der Angeklagte Mehring bei der Tötung von mindestens 26 600 Menschen,

11.) der Angeklagte Schulte bei der Tötung von mindestens 55 000 Menschen,

12.) der Angeklagte Steinl bei der Tötung von mindestens 1 000 Menschen.

Damit ist der Umfang der Schuld des einzelnen Angeklagten auch hinsichtlich der Mindestzahl der Opfer, an deren Tötung er als Gehilfe beteiligt war, im Urteil hinreichend umschrieben. Deshalb wird der Schuldspruch, wie er im Urteilstenor zum Ausdruck kommt, von den Feststellungen getragen, so daß er trotz der Nichtberücksichtigung der Mindestzahl der Opfer bei der Urteilsfindung aufrechterhalten werden kann.

Der aufgezeigte Mangel führt jedoch bei den zu Strafe verurteilten Angeklagten zur Aufhebung des Urteils im Strafausspruch; denn er kann die Strafzumessung zum Nachteil dieser Angeklagten beeinflußt haben.

b) Im Strafausspruch leidet das Urteil zudem daran, daß das Schwurgericht nicht den richtigen Strafrahmen zugrunde gelegt hat. Zwar bemerkt es in dem die Strafzumessungsgründe einleitenden Abschnitt an sich zutreffend, daß sich für die Beihilfe zum Mord der Strafrahmen zwischen zeitigem Zuchthaus nicht unter drei Jahren und lebenslangem Zuchthaus bewegt. Hier war aber eine Erweiterung dieses Strafrahmens nach unten dadurch gegeben, daß allen Angeklagten ein Verbotsirrtum zugebilligt worden ist, der als ein vermeidbarer Irrtum allerdings nicht zur Straffreiheit führen konnte, es aber erlaubte, die Strafen nochmals nach Versuchsgrundsätzen zu mildern (BGHSt 2, 194, 209). Das hat das Schwurgericht übersehen. Wohl hat es das Handeln im Verbotsirrtum mildernd berücksichtigt (S. 236 UA). Daß es dabei aber vom falschen Strafrahmen ausgegangen ist, ergibt sich nicht nur aus der Anführung von drei Jahren Zuchthaus als Mindeststrafe, sondern tritt vor allem auch darin zutage, daß es bei den Angeklagten Bock, Heukelbach, Maderholz, Mehring, Schulte und Steinke von Strafe abgesehen hat, weil es irrigerweise annahm, die "gesetzliche Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus" nicht unterschreiten zu dürfen.

C. Revision der Staatsanwaltschaft

I. Hinsichtlich des Angeklagten Häfele

1.) Ohne Erfolg muß die Revision bleiben, soweit sie die rechtliche Würdigung der Verhaltensweise des Angeklagten Häfele als Beihilfe zum Mord beanstandet und meint, er hätte als Täter verurteilt werden müssen. Der Revision mag zwar zugegeben werden, daß gewisse, im Urteil angeführte und von ihr als besonders kennzeichnend herausge-

stellte Umstände möglicherweise zu der von ihr erstrebten Beurteilung hätten Anlaß geben können. Daß diese Tatsachen aber das Schwurgericht zu einer entsprechenden Beurteilung hätten zwingen müssen, ist irrig. Die Revision verkennt, wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, das Wesen tatrichterlicher Würdigung. Entscheidend ist allein, ob das Schwurgericht in logisch schlüssiger Weise zu der von ihm gewonnenen Überzeugung gelangen konnte. Das war der Fall. Wie seine Erwägungen auf S. 223 UA zeigen, hat es nicht übersehen, daß sich aus den von der Revision erwähnten Umständen eine weitgehende innere Annäherung des Angeklagten Häfele an die Absichten der Taturheber ergab, die dafür sprechen konnte, daß er sich aus persönlicher Überzeugung mit deren verwerflichen Zielen in Übereinstimmung befunden hat. Ohne Rechtsirrtum hat es das Schwurgericht jedoch ebenso für möglich erachtet, daß jene Umstände Ausdruck einer besonders ausgeprägten Autoritätsgläubigkeit und Befehlsergebenheit waren, die an der inneren Einstellung Häfeles zu seinem Einsatz als zu einer anbefohlenen Unterstützung fremden Tuns nichts änderten. Für diese Deutung hat sich der Tatrichter unter Abwägung und Erläuterung der für sie sprechenden Gesichtspunkte entschieden. Er hat berücksichtigt, daß sich der Angeklagte zu dem Kommando nicht gemeldet, daß ihm ein politisches oder materielles Interesse an der anbefohlenen Tätigkeit gefehlt und daß er diese nicht aus eigenem Entschluß, sondern als Werkzeug einer verbrecherischen Staatsführung verrichtet habe. Die Erwägung, daß er ohne materielles Interesse gewesen sei, steht entgegen der Ansicht der Revision nicht im Widerspruch zu der Feststellung, daß er aus der Vernichtungsaktion durch Erwerb zweier Uhren und durch Erhalt einer

Gratifikation von 800 Reichsmark materielle Vorteile gezogen hat. Mit den Darlegungen auf S. 224 UA hat das Schwurgericht ersichtlich zum Ausdruck bringen wollen und auch gebracht, daß der Gedanke an materielle Vorteile den Angeklagten nicht zu seinem Tun veranlaßt oder zu weiterem Tätigbleiben angespornt habe, wofür im übrigen noch spricht, daß trotz jahrelanger Zugriffsmöglichkeit die Bereicherung verhältnismäßig gering war. Sonach kann der Schluß des Schwurgerichts auf eine von dem Angeklagten gewollte befehlsmäßige Unterstützung fremden Tuns nicht als rechtlich fehlerhaft bezeichnet werden.

Mit seiner Würdigung befindet sich das Schwurgericht auch nicht im Gegensatz zu den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe in der Entscheidung BGHSt 18, 87 aufgestellten Grundsätzen. Dort ist nicht gesagt, daß jeder, der sein Gewissen zum Schweigen bringt oder einverständlichen Eifer zeigt, Täter sein müsse. Vielmehr heißt es, daß regelmäßig nur der überzeugte willige Befehlsempfänger Täter sei. Ob dem uneingeschränkt beizutreten ist, braucht nicht entschieden zu werden; denn auf den Angeklagten Häfele trifft dies nach dessen vom Schwurgericht festgestellten inneren Haltung nicht zu.

Ebensowenig hat der Tatrichter verkannt, daß eine maßgebliche Mitbeherrschung des Tatablaufs für die Annahme von Täterschaft sprechen kann. Die herausgehobene Stellung des Angeklagten im Schloßbezirk und seine besonders aktive Mitwirkung bei der Durchführung der Tötungsaktion hat das Schwurgericht nicht übersehen. Es hat aber zugleich beachtet, daß diese Mitwirkung nicht auf eigenem Antrieb beruhte, sich vielmehr in den Formen bewegte, die eine verbrecherische Führung festgelegt hatte. Daher begegnet die abschließende Feststellung, der Angeklagte Häfele habe keinen Einfluß auf Planung und Bestimmung von Art, Zeit und Ort der Tatausführung gehabt,

keinen rechtlichen Bedenken. Auch sonst ist nichts dafür ersichtlich, daß die Durchführung der Tötungen maßgeblich von dem Willen des Angeklagten abhängig war.

2.) Zum Strafausspruch hat die Sachbeschwerde der Staatsanwaltschaft jedoch Erfolg, und zwar aus dem im Abschnitt B II 2 a zu den Revisionen der Angeklagten erörterten Gesichtspunkt zuungunsten des Angeklagten, weil sich die Nichtberücksichtigung der Mindestzahl der Opfer, bei deren Tötung er mitgewirkt hat, zu Unrecht zu seinem Vorteil ausgewirkt haben kann, ferner aber auch in Anwendung der Vorschrift des § 301 StPO insofern zu seinen Gunsten, als das Schwurgericht bei der Bemessung der Strafe nicht den richtigen Strafrahmen zugrunde gelegt hat, wie im Abschnitt B II 2 b des näheren dargelegt ist.

III. Hinsichtlich der Angeklagten Bock, Heukelbach, Maderholz, Mehring, Schulte und Steinke

Die Revision der Staatsanwaltschaft beanstandet mit Recht, daß das Schwurgericht bei den sechs Angeklagten von Strafe abgesehen hat. Dabei braucht nicht entschieden zu werden, ob, wie die Revision meint, die Vorschrift des § 47 Abs. 2 MilStGB, die bei geringer Schuld des Untergebenen ein Absehen von Strafe erlaubt, damit zugleich den Ausspruch einer milderen als der an sich verwirkten Mindeststrafe gestattet. Unabhängig davon hatte hier nämlich das Schwurgericht, wie schon bei der Behandlung der Revisionen der Angeklagten im Abschnitt B II 2 b erwähnt ist, eine rechtliche Handhabe, die Mindeststrafe des an sich durch die Verweisung des § 49 Abs. 2 StGB auf § 44 StGB gegebenen Strafrahmens zu unterschreiten. Es hatte den Angeklagten einen - vermeidbaren - Verbots-

irrtum zugebilligt und hatte damit einen Strafrahmen zur Verfügung, bei dem infolge der Möglichkeit doppelter Milderung nach § 44 StGB - einmal durch die Verweisung des § 49 Abs. 2 StGB auf diese Vorschrift, zum andern durch die Annahme des vermeidbaren Verbotsirrtums (BGHSt 2, 194, 209) - die Mindeststrafe neun Monate Zuchthaus betrug. Infolgedessen war es in der Lage, auf geringere Strafen als drei Jahre Zuchthaus zu erkennen, und konnte so das nach seiner Ansicht bestehende krasse Mißverhältnis zwischen dem Fehlverhalten der Angeklagten und einer Strafe in solcher Höhe vermeiden, ohne, wie es irrigerweise annahm, gezwungen zu sein, gänzlich von einer Bestrafung abzusehen.

D) Zusammenfassung

Sämtliche Revisionen bleiben demnach ohne Erfolg, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richten. Das hat zur Folge, daß die Revisionen der nicht zu Strafe verurteilten Angeklagten Bock, Heukelbach, Maderholz, Mehring, Schulte und Steinke in vollem Umfange zu verwerfen sind, während die Revisionen der übrigen Angeklagten ebenso wie das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, dieses jedoch nur hinsichtlich der zuvor namentlich angeführten sechs Angeklagten und des Angeklagten Häfele, zur Aufhebung des Urteils hinsichtlich des Strafausspruchs führen.

Zur Revision der Staatsanwaltschaft entspricht die Entscheidung dem Antrage des Generalbundesanwalts.

Baldus Dotterweich Scharpenseel

Meyer Henning

Wenn GStA Spleher

Rechtsprechung

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der oberen Bundesgerichte sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des betr. Gerichts vorgesehen. Ein * nach der lfd. Nr. der Entscheidung bedeutet, daß zu dieser eine Anmerkung im unteren Teil der Seite abgedruckt ist.

1. Bundesverfassungsgericht

1. *GG Art. 2 Abs. 2, 104; MenschRKonv. Art. 5 Abs. 3 Satz 2, 6 Abs. 1; StPO § 121 Abs. 1 (Dauer der Untersuchungshaft)*

Der weitere Vollzug der Untersuchungshaft, welche die in § 121 Abs. 1 StPO bestimmte Frist in ungewöhnlichem Maße überschreitet, verstößt dann gegen Art. 2 Abs. 2 GG, wenn die Überschreitung dadurch verursacht ist, daß die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte nicht alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen.[1]) BVerfG, Beschl. v. 3. 5. 1966 – 1 BvR 58/66

Aus den Gründen: Das AG erließ gegen den Beschwerdeführer am 24. 3. 1961 einen Haftbefehl, weil er dringend verdächtig sei, in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit anderen im Laufe des Jahres 1943 eine große, zahlenmäßig noch nicht festgestellte Zahl Menschen jüdischen Glaubens, darunter Kinder und Kleinkinder, durch Schüsse in den Kopf mit einer Maschinenpistole getötet zu haben. Er sei damals Angehöriger der Gestapo Lemberg und des Kommandos 1005 gewesen. Auf Grund jeweils neu gefaßten Willensentschlusses habe er gemeinschaftlich aus Mordlust, grausam und aus niedrigen Beweggründen Menschen getötet. Im Hinblick auf die zu erwartende Strafe bestehe Fluchtverdacht.

Auf Grund dieses Haftbefehls wurde der Beschwerdeführer am 17. 4. 1961 verhaftet. Seine Beschwerde verwarf das LG *Waldshut* durch Beschl. v. 20. 4. 1961 mit der Maßgabe, daß die Untersuchungshaft auch wegen Verdunklungsgefahr angeordnet werde.

Am 3. 4. 1962 ist die gerichtliche Voruntersuchung beim nunmehr zuständigen LG *Stuttgart* eröffnet worden. Gegenstand des Verfahrens, das sich gegen 35 Angeschuldigte richtete, war zunächst der gesamte Komplex „NS-Gewaltverbrechen in Galizien". Am 2. 7. 1962 wurde das Gesamtverfahren in zwei Teile aufgespalten: den sog. Tarnopol-Komplex und den sog. Lemberg-Komplex, die aber beide von demselben StA und demselben Untersuchungsrichter bearbeitet worden sind. Über die Verbrechen im sog. Tarnopol-Komplex wird seit dem 19. 10. 1965 vor dem SchwurG verhandelt. Im den sog. Lemberg-Komplex hat die StA gegen den Beschwerdeführer am 10. 3. 1965 wegen 10 rechtlich selbständiger Verbrechen des – teils mehrfachen – Mordes bzw. der Beihilfe zum Mord Anklage erhoben; das LG hat am 17. 1. 1966 das Hauptverfahren vor dem SchwurG eröffnet.

Durch Beschl. v. 27. 12. 1965 ordnete das OLG *Stuttgart* hinsichtlich des Beschwerdeführers und mehrerer in demselben Verfahren Angeschuldigter erneut die Fortdauer der Untersuchungshaft an. Dringender Tatverdacht und Haftgrund seien nach wie vor gegeben. Obwohl mit der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erst im Januar 1966 und mit dem Beginn der Hauptverhandlung erst im Oktober 1966 zu rechnen sei und der Beschwerdeführer bis dahin rund 5½ Jahre in Untersuchungshaft gehalten werde, dauere die Untersuchungshaft angesichts der schweren Anklagen noch nicht so lange, daß trotz des Umfanges und des rechtlichen Gewichts der Sache die weitere Haft nicht mehr gerechtfertigt werden könnte.

Vier weitere Angeklagte desselben Verfahrens, die bereits im Jahre 1960 verhaftet worden waren, hat das OLG durch Beschluß vom gleichen Tage im Hinblick auf die Dauer der Untersuchungshaft vom weiteren Vollzug der gegen sie ergangenen Haftbefehle verschont. Von den 17 Angeklagten des auch den Beschwerdeführer betreffenden Verfahrens befinden sich jetzt nur noch sieben in Untersuchungshaft.

II. Mit der gegen den Beschluß des OLG erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer Verletzung der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 GG und der Art. 5 Abs. 3 Satz 2, Art. 6 Abs. 1 MenschRKonv. Er wendet sich gegen die seiner Ansicht nach unangemessene Dauer der Untersuchungshaft.

1) Leitsatz der Schriftltg.

... IV. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

1. In dem Rechtsinstitut der Untersuchungshaft wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des einzelnen auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG) und den Bedürfnissen einer wirksamen Verbrechensbekämpfung deutlich sichtbar. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannung läßt sich im Rechtsstatut nur dadurch erreichen, daß den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen der grundrechtlich verbürgte Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten und daher noch als unschuldig geltenden Beschuldigten als Korrektiv ständig entgegengehalten wird. Das bedeutet, daß der Eingriff in die Freiheit nur hinzunehmen ist, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen (*BVerfGE* 19, 342 [347 f.] = NJW 66, 243).

2. Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht nur für die Anordnung, sondern auch für die Dauer der Untersuchungshaft von Bedeutung. Vor allem darf die Untersuchungshaft hinsichtlich ihrer Dauer nicht außer Verhältnis zu der voraussichtlich zu erwartenden Strafe stehen. Unabhängig von der zu erwartenden Strafe setzt aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Haftdauer Grenzen. Dem trägt § 121 StPO Rechnung, wenn er bestimmt, daß der Vollzug der Untersuchungshaft vor Ergehen eines Urteils wegen derselben Tat über 6 Monate hinaus nur aufrechterhalten werden darf, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen. Diese Vorschrift läßt also nur in begrenztem Umfange Ausnahmen zu; die Ausnahmetatbestände des § 121 Abs. 1 StPO sind, wie aus dem Wortlaut ersichtlich ist und durch die Entstehungsgeschichte bestätigt wird, eng auszulegen. Welche Bedeutung der Gesetzgeber der Entscheidung über Erstreckung der Untersuchungshaft über 6 Monate hinaus beigemessen hat, ergibt sich auch daraus, daß er diese Entscheidung dem OLG übertragen hat (vgl. *BGH*, Urteil v. 10. 1. 1966 – III ZR 212/63 = NJW 66, 924).

Ob das Grundgesetz – wie der Beschwerdeführer meint – eine absolute Grenze für die Untersuchungshaft fordert, die nach Ablauf einer kalendermäßig bestimmten Zeit eine Fortdauer der Inhaftierung schlechthin verbietet, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Jedenfalls verstößt der weitere Vollzug der Untersuchungshaft, welche die in § 121 Abs. 1 StPO bestimmte Frist in so ungewöhnlichem Maße überschreitet, dann gegen Art. 2 Abs. 2 GG, wenn die Überschreitung dadurch verursacht ist, daß die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte nicht alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit abzuschließen. Denn zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung im Sinne des vorgenannten Beschlusses des *BVerfG* kann die Untersuchungshaft dann nicht mehr als notwendig anerkannt werden, wenn ihre Fortdauer durch vermeidbare Verzögerung der Ermittlung verursacht ist.

Die Ermittlungen gegen den Beschwerdeführer sind nicht ohne solche Verzögerungen geführt worden. Obwohl der Umfang des Sachverhalts und die Schwierigkeiten der Ermittlungen schon in einem früheren Stadium des Verfahrens erkennbar sein mußten, ist der Gesamtkomplex „NS-Gewaltverbrechen in Galizien" bei der StA zunächst als ein Ermittlungsverfahren von einem StA bearbeitet worden. Auch nach der Teilung des Verfahrens im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung durch das LG ist es bei der

Zuständigkeit eines StA geblieben. Jedenfalls nach Abschluß der Voruntersuchung im Jahre 1964 hätte es nahegelegen, diese Arbeit auf mehrere StA zu verteilen. Wenn rechtzeitig von den im GVG bei Überlastung einer Kammer vorgesehenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht und entsprechende Maßnahmen der Justizverwaltung getroffen worden wären, dann hätte nach Überzeugung des *BVerfG* eine wesentliche Verkürzung des vorliegenden Verfahrens erreicht werden können. Gründe, die eine andere Beurteilung zulassen würden, sind nicht dargetan. Dabei kann die Dauer der Untersuchungshaft nur als Ganzes gesehen werden.

Versäumnisse der Strafrechtspflege dürfen auch dann nicht zu Lasten eines Angeschuldigten gehen, wenn er dringend verdächtig ist, an der Ausrottung eines Bevölkerungsteils mitgewirkt zu haben. Da nicht alles geschehen ist, um die Ermittlungen und das Strafverfahren möglichst schnell abzuschließen, so daß der Beschwerdeführer nunmehr seit über 5 Jahren in Untersuchungshaft gehalten wird, würde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG verletzt, wenn er weiter inhaftiert bliebe. Dies hat das OLG in dem angefochtenen Beschluß verkannt. Sein Hinweis auf den gesetzgeberischen Grund des § 112 Abs. 4 StPO geht fehl (vgl. *BVerfGE* 19, 342 [350] = NJW 66, 243). Der Beschluß ist daher aufzuheben und die Sache an das OLG zurückzuverweisen (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).

(Mitgeteilt von RA Dr. H. Dahs, Bonn)

Anm. d. Schriftltg: Zur Sechsmonatsfrist des § 121 StPO vgl. Mehling in NJW 66, 142; zur weiteren Prüfung der Fortdauer der Untersuchungshaft nach § 121 Abs. 1 StPO s. Pusinelli in NJW 66, 96, zur Bedeutung des oberlandesgerichtlichen Prüfungsrechts gem. § 121 StPO Kaiser in NJW 66, 435. Zur Untersuchungshaft bei Verbrechen wider das Leben beachte insbes. Dünnebier in NJW 66, 231, Schmidt-Leichner in NJW 66, 425 u. Dahs in NJW 66, 761 (letzterer gleichzeitig zu der auch oben zit. Entsch. *BVerfGE* 19, 342 = NJW 66, 243).

2. Ordentliche Gerichte

(BGH-Entscheidungen werden mitgeteilt von den Rechtsanwälten beim BGH Dres. *Keil, Krille, Philipp Möhring* und *Frh. v. Stackelberg.*)

A. Zivilrecht

a) BGH

2.† *BGB §§ 249, 250, 251, 253 (Schadensersatz für vorübergehenden Verlust der Gebrauchsfähigkeit eines Kfz ohne Beschaffung von Ersatzwagen)*

a) Der VI. Zivilsenat stimmt dem Urteil des III. Zivilsenates *BGHZ* 40, 345 = NJW 64, 542 zu, daß der Ersatzpflichtige für den vorübergehenden Verlust der Gebrauchsfähigkeit eines Kraftfahrzeugs grundsätzlich auch dann eine Entschädigung zu leisten hat, wenn sich der Geschädigte einen Ersatzwagen nicht beschafft hat.

b) Zu den Voraussetzungen dieses Anspruchs und seiner Berechnung. BGH, Urt. v. 15. 4. 1966 – VI ZR 271/64 (Celle)

Am 19. 6. 1962 wurde in H. der Mercedes-PKW des Klägers von dem Erstbeklagten, der einen Straßenbahnzug der Zweitbeklagten führte, angefahren und beschädigt. Der Wagen wurde in der Zeit vom 19. 6. bis zum 12. 7. 1962 mit einem Kostenaufwand von 723,78 DM repariert.

Der Kläger hat von den Beklagten als Gesamtschuldnern Erstattung der Reparaturkosten, des Verdienstausfalles und eines Betrages zum Ausgleich der entgangenen Nutzung des Wagens verlangt. Nach Erlaß eines Urteils über den Grund des Anspruchs hat der Kläger seine Forderung nur zu einer Quote von $^4/_5$ geltend gemacht und Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 1423,78 DM abzüglich gezahlter 500 DM verlangt.

Das LG hat die Beklagten zur Zahlung von 579,02 DM abzüglich gezahlter 500 DM verurteilt. Den weitergehenden Antrag hat es mit der Begründung abgewiesen, ein Verdienstausfall sei nicht nachgewiesen und für einen Anspruch auf Entgang der Gebrauchsvorteile des Wagens fehle es an einer Rechtsgrundlage.

Mit der Berufung hat der Kläger beantragt, die Beklagten zur Zahlung weiterer 974,74 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Der Kläger hat die ihm entgangenen Gebrauchsvorteile des Wagens unter Zugrundelegung der Tageskosten berechnet, die für die Anmietung eines gleichwertigen Ersatzwagens hätten aufgebracht werden müssen. Von diesem mit 1432 DM angegebenen Betrag hat der Kläger 15% für ersparte Eigenkosten abgezogen.

Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Die zugelassene Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen: I. Nach dem Berufungsurteil muß davon ausgegangen werden, daß der Kläger durch die Entbehrung seines Wagens während der Reparaturzeit keinen Verdienstausfall oder andere konkrete finanzielle Nachteile erlitten hat. Unter dieser Voraussetzung sieht das Berufungsgericht in bewußtem Abgehen von dem Urteil des III. ZS des *BGH* in *BGHZ* 40, 345 = NJW 64, 542 keine tragfähige rechtliche Grundlage, um die Beklagten zur Zahlung des vom Kläger verlangten Ausgleichs zu verurteilen.

Die Störung der Benutzungsmöglichkeit eines Wagens *als solche* stelle keine in Geld bewertbare Vermögenseinbuße des Betroffenen dar, sie lasse sich nicht in einer auf das Vermögen des Betroffenen bezogenen Differenzrechnung (Gegenüberstellung der unbeeinflußten und der gestörten Vermögenslage) erfassen. Die Benutzbarkeit eines zum Vermögen gehörenden Gegenstandes sei nicht *selbst* ein eigener, in Geld berechenbarer Vermögensbestandteil. Der Mietzins, der für die Anmietung eines gleichwertigen Ersatzgegenstandes gezahlt werden müsse, gebe keinen brauchbaren Maßstab für eine wertmäßige Erfassung des Gebrauchsvorteils her. Denn die Wertschätzung der Gebrauchsmöglichkeit als solcher sei in erster Linie durch die subjektive, gefühlsmäßige und mehr emotionale Einstellung dessen bedingt, dem die Sache gehöre. Der Mietzins richte sich dagegen nach Kalkulationsfaktoren, die für die Schätzung des individuellen Gebrauchsvorteils ganz gleichgültig seien. Die Entschädigung von Gebrauchsvorteilen einer Sache ohne die Voraussetzung konkreter wirtschaftlicher Einbußen führe dazu, daß sich kaum noch eine Grenze zwischen materiellem und immateriellem Schaden ziehen lasse und daß der Grundsatz des § 253 BGB nahezu bedeutungslos werde. Man verstoße mit der Entschädigung auch gegen den Grundsatz des Schadensrechts, daß der Betroffene durch die Ersatzleistung nicht reicher gemacht werden dürfe. Daher könne nur anerkannt werden, daß der Schädiger während der Reparaturzeit einen Ersatzwagen zu stellen oder die *verauslagten* Kosten für die Anmietung eines Ersatzwagens zu erstatten habe.

II. Der VI. ZS tritt im Ergebnis dem Standpunkt des III. ZS bei. Er hält die in dem Berufungsurteil, in einem Teil des Schrifttums und in dem von den Beklagten vorgelegten Gutachten des Professors Dr. Böttcher in Hamburg vorgetragenen Angriffe gegen das Urteil des III. ZS nicht für so durchschlagend, daß sie Anlaß geben, die Grenzen der Schadensersatzpflicht anders zu ziehen und damit die in der Abwicklung von Haftungsfällen bereits weithin üblich gewordene Regulierungspraxis zur Vergütung des Nutzungsentgangs in Frage zu stellen.

1. Ein Kraftwagen wird angeschafft, damit er dem Eigentümer für eine gewisse Zeit zur Benutzung zur Verfügung steht. Daß in der Unterbrechung der Nutzungsmöglichkeit ein Schaden liegt, ist unbestritten. Der Senat hat aber auch kein Bedenken, in der Störung der Nutzung des Wagens grundsätzlich einen *wirtschaftlichen* Schaden zu sehen. Darauf deutet schon hin, daß sich der Geschädigte durch Anmietung eines Ersatzwagens einen Ausgleich schaffen kann und vielfach schafft, so daß für die Bemessung des Nutzungswertes in Geld immerhin ein wichtiger objektiver Anhaltspunkt zur Verfügung steht, der um so beachtlicher ist, als es sich weithin um einheitliche Vergütungssätze handelt. Es dürfte auch der heute herrschenden Verkehrsauffassung entsprechen, in der Störung der Nutzungsmöglichkeit eines Kraftwagens einen wirtschaftlichen Nachteil des Betroffenen unabhängig davon zu sehen, ob der Wagen zu *Erwerbs*zwecken benutzt wurde. Diese Auffassung, die früher eine andere gewesen sein mag, trägt der gesteigerten Bedeutung der Kraftfahrzeughaltung Rechnung, wobei die Vorteile des jederzeit zur Verfügung stehenden Kraftwagens nicht so sehr in der Bequemlichkeit, sondern vor allem in dem ermöglichten Zeitgewinn und in der für viele Lebensbereiche wichtigen Vermittlung rascher Beweglichkeit gesehen werden.

Aus den Gründen: Die nach § 122 IV StPO erforderliche erneute Haftprüfung ergibt, daß die U-Haft fortdauern muß, in der sich die Beschuldigten H seit dem 25. 1. 1961, St seit dem 16. 10. 1962 und M seit dem 30. 5. 1964 in dieser Sache befinden.

Der Senat führt zunächst aus, der dringende Tatverdacht und die Fluchtgefahr beständen fort. Der Vollzug der Haftbefehle könne auch nicht gem. § 116 StPO ausgesetzt werden.

Die weitere U-Haft steht zur Bedeutung der Sachen und zu den bei Verurteilung zu erwartenden Strafen nicht außer Verhältnis (§ 120 I S. 1 StPO). Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Höhe der Strafen, die die Beschuldigten im Falle ihrer Verurteilung zu erwarten haben, sondern auch unter Berücksichtigung der Dauer der von den Beschuldigten bisher erlittenen U-Haft.

Allerdings befinden sich der Beschuldigte H länger als 5 Jahre 9 Monate, der Beschuldigte St länger als 4 Jahre und der Beschuldigte M mehr als 2 Jahre 5 Monate in U-Haft. Die Überschreitung der in § 121 I StPO gesetzten Dauer von 6 Monaten ist jedoch auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 3. 5. 1966 (BVerfG 20, 45 = MDR 66, 651 = NJW 66, 1259) gerechtfertigt. Der besondere Umfang der Ermittlungen und die damit verbundenen besonderen Schwierigkeiten haben das Urteil noch nicht zugelassen und rechtfertigen die Fortdauer der U-Haft (§ 121 I StPO):

Die Beschuldigten sind die Hauptbelasteten in einem Verfahren, das sich (zur Zeit) gegen neunzehn Beschuldigte richtet, denen die Beteiligung an Judenmorden im Bereich der früheren Dienststelle des „SS- und Polizeiführers" Lublin zur Last gelegt wird. Es handelt sich (zur Zeit) um 12 Verbrechenskomplexe, die durch den räumlichen und zeitlichen Zusammenhang, durch die Beteiligung der meisten Beschuldigten an mehreren Einzelkomplexen und insbesondere dadurch miteinander verbunden sind, daß die den Beschuldigten zur Last gelegten Taten Teil einer umfassenden Vernichtungsaktion waren oder bei Gelegenheit derselben begangen worden sind. Eine weitere Verbindung wird dadurch herbeigeführt, daß zahlreiche Zeugen — sowohl Opfer der Verfolgungsaktionen wie auch Mitbeteiligte aus anderen Gruppen — zu mehreren Einzelkomplexen gehört werden müssen.

Die Notwendigkeit, nicht nur die einzelnen Großaktionen (Gettoräumungen, Massenerschießungen), sondern auch die bei diesen Gelegenheiten und die außerhalb dieser Großaktionen verübten Einzeltaten, die den einzelnen Beschuldigten zur Last gelegt werden, aufzuklären, hat zu einem erheblichen Umfang der Ermittlungen geführt.

Hierzu kommen die besonderen Schwierigkeiten bei der Durchführung der umfangreichen Ermittlungen: Die meisten Tatzeugen sind Opfer späterer Verbrechen geworden. Die im Verhältnis zur Zahl der Getöteten geringe Zahl der Überlebenden ist verstreut; sie leben zum Teil in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Israel. Viele von ihnen müssen mehrfach vernommen werden, weil die Aussagen anderer Zeugen oder die Einlassung der Beschuldigten weitere Fragen und Ergänzungen erforderlich machen. Auch zwingt die Einlassung der Beschuldigten zur Aufklärung der Befehls- und Unterstellungsverhältnisse in ihrem früheren Tätigkeitsbereich.

Der geschilderte Zusammenhang der einzelnen Taten steht auch der Abtrennung von Teilkomplexen und Einzeltaten entgegen. Das gilt zum mindesten für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens, wird aber voraussichtlich auch für das Hauptverfahren zu gelten haben. Die Notwendigkeit, die Aussagen der einzelnen Zeugen durch Vergleich und evtl. Gegenüberstellung mit anderen Zeugen auf ihre objektive Zuverlässigkeit zu überprüfen, besteht hier um so mehr, als die zu bekundenden Vorgänge mehr als zwanzig Jahre zurückliegen und die Zeugen entweder Opfer der Verfolgungs-

77. — StPO § 121 Abs. 1 *(Dauer der U-Haft bei NS-Gewaltverbrechen).*

Bei Verfahren wegen NS-Gewaltverbrechen muß der Eingriff in die Freiheit in weiterem Umfange hingenommen werden als bei der Verfolgung von Straftaten, bei denen dem bezeichneten Verfolgungsanspruch nicht dieses besondere Gewicht zukommt.

Die Frage, ob und in welcher Weise das Verfahren hätte beschleunigt werden können, kann zwangsläufig nur etwas summarisch geprüft werden.

Zur Notwendigkeit, die Ermittlungen bei der Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen zusammenzufassen (zu BVerfGE 20, 45 = MDR 66, 651 = NJW 66, 1259 und BVerfGE 19, 342 = MDR 66, 300 = NJW 66, 243).

HansOLG Hamburg, Beschl. v. 4. 11. 1966 — 2 Ws 467/66.

aktionen sind oder als Mitbeteiligte in irgendeiner Form in Betracht kommen. Eine solche Gesamtwürdigung ist aber nur bei Zusammenfassung in einem Verfahren in ausreichendem Maße gewährleistet.

Der Senat vermag auch nicht festzustellen, daß die StA hier nicht alles getan hat, um die notwendigen Ermittlungen mit der gebotenen Schnelligkeit vorzunehmen und abzuschließen. Um diese Frage zu prüfen, hat der Senat die StA um die Beantwortung einer Reihe von Fragen ersucht. Dabei hat sich ergeben:

Die StA in H hat das zunächst von der zentralen Ermittlungsstelle durchgeführte Verfahren im März 1961 übernommen. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Beschuldigte H rund 2 Monate in Haft auf Grund eines Haftbefehls, den die StA auf Anregung der zentralen Stelle beantragt hatte. Etwa von der Übernahme des Ermittlungsverfahrens durch die StA in H bis zum 14. 9. 65, also viereinhalb Jahre lang, war der StA Dr. K der alleinige Bearbeiter des Verfahrens. Gelegentlich führten zwei weitere Staatsanwälte daneben Ermittlungen durch. Vom 15. 9. 65 bis 14. 2. 66 war neben Dr. K die Staatsanwältin E, vom 15. 2. bis 19. 6. 66 waren neben ihm die Assessorin G und der Assessor R tätig. Seit dem 20. 6. 66 bearbeiten — nach Ausscheiden des StA Dr. K aus dem Dienst der StA — die Assessorin G und der Assessor T seit dem 19. 9. 66 auch der StA Dr. F das Verfahren. Mit Ausnahme der Staatsanwältin E waren alle Sachbearbeiter — abgesehen von einem einmaligen Sitzungsdienst in der Woche — ausschließlich mit dem vorliegenden Verfahren befaßt. Der StA Dr. K hat von April 1961 bis Mai 1966 42 Dienstreisen in Deutschland, nach den Vereinigten Staaten von Amerika, Kanada und Israel durchgeführt und dort zahlreiche Zeugen vernommen bzw. an Vernehmungen durch deutsche Konsuln oder israelische Untersuchungsstellen teilgenommen.

Den Verteidigern ist die Stellungnahme der StA zugeleitet worden. Sie meinen, weil viereinhalb Jahre hindurch nur ein Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren bearbeitet hat, und weil deshalb nach Ausscheiden dieses Staatsanwaltes und der zweiten Sachbearbeiterin deren Nachfolger einer längeren Einarbeitungszeit bedurften, die StA habe nicht alles getan, um das Verfahren mit der bei Haftsachen gebotenen Beschleunigung durchzuführen.

Dieser Ansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die StA hat darauf hingewiesen, daß in der Anfangsphase des Verfahrens ein Sachbearbeiter ausreichte, um die hiesige Sonderkommission und die Sonderkommissionen der anderen Bundesländer im Rahmen der Ermittlungstätigkeit einzusetzen. In einem Verfahren nach den §§ 121 I, 122 IV StPO kann die Frage, ob und in welcher Weise das Verfahren hätte beschleunigt werden können, zwangsläufig nur etwas summarisch geprüft werden. Anderenfalls würde der Ablauf des weiteren Verfahrens in einer Weise verzögert werden, die nicht zu verantworten ist. Bei dieser nicht in Einzelheiten gehenden Prüfung ergibt sich, daß es hier zweckmäßig war, die gesamte Ermittlungstätigkeit zunächst in eine Hand zu legen und erst zu einem späteren Zeitpunkt weitere Sachbearbeiter einzusetzen. Daß der erste Sachbearbeiter Dr. K erst im Frühjahr 1965, also nach rund vierjähriger alleiniger Tätigkeit um die Zuteilung eines weiteren Sachbearbeiters gebeten hat, ist ebenfalls als Indiz dafür zu werten, daß zu einem früheren Zeitpunkt die Zuteilung weiterer Sachbearbeiter noch nicht erforderlich war.

Daß der zweite Sachbearbeiter dann erst im September 1965 zugeteilt worden und daß er fünf Monate später wieder ausgeschieden ist, mag zwar eine gewisse Verzögerung in der Durchführung der Ermittlungen herbeigeführt haben. Derartige Verzögerungen müssen jedoch in Kauf genommen werden. Sie gehören zu den Begleiterscheinungen eines Strafverfahrens. Sie sind nicht zu vermeiden und können deshalb insbesondere nicht dazu führen, in der Aufrechterhaltung eines Haftbefehles einen Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 2 II GG zu sehen. Dabei ist sich der Senat der Tatsache bewußt, daß die in § 121 I StPO genannte Dauer von 6 Monaten U-Haft, die nur in begrenztem Umfange Ausnahmen zuläßt, hier um ein Vielfaches überschritten worden ist und noch weiterhin überschritten werden wird, weil sich der Zeitpunkt der Hauptverhandlung noch nicht voraussagen läßt. Die Frist von 6 Monaten kann aber nach den bisherigen Erfahrungen des Senats in zahlreichen Haftprüfungsverfahren selbst dann nicht immer eingehalten werden, wenn sich das Verfahren gegen *einen* Täter wegen *einer* Tat richtet. Der Gegenstand *dieses* Verfahrens weicht aber hinsichtlich der Zahl der Täter und der Taten, der Schwierigkeiten bei der Aufklärung und insbesondere hinsichtlich der Schwere der gegen die Beschuldigten erhobenen Vorwürfe in so starkem Maße von der Norm ab, daß auch die erhebliche Überschreitung der Frist des § 121 I StPO hingenommen werden muß.

Bei der Beurteilung des Spannungsverhältnisses zwischen dem Recht des einzelnen auf persönliche Freiheit und den Bedürfnissen einer wirksamen Verbrechensbekämpfung (BVerfG 19, 342 = MDR 66, 300 = NJW 66, 243 u. BVerfG 20, 45, 49 = MDR 66, 651 = NJW 66, 1259) kann der Gegenstand des Verfahrens nicht unberücksichtigt bleiben. Den Angeschuldigten wird vorgeworfen, sich in erheblichem Umfange an NS-Gewaltverbrechen beteiligt zu haben. Bei dieser Sachlage ist der „legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters" (BVerfG aaO.) in besonderem Maße zu werten. Deshalb muß der Eingriff in die Freiheit hier in weiterem Umfange hingenommen werden als bei der Verfolgung von Straftaten, bei denen dem bezeichneten Verfolgungsanspruch nicht dieses besondere Gewicht zukommt.

(Mitgeteilt vom 2. StrSen. des HansOLG Hamburg)

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 Einstellungsbeschluß könnte keine andere als nur noch feststellende Bedeutung haben. Er wäre kein Einstellungsbeschluß 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 Gerichtsbeschluß 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 § 2a 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 rassischer 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 ebensowenig 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 Darlegung 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 angstiftet 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 Fahneneid (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 billigenswerte 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 j e d e m 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 V e r h a l t e n 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 mißverstandene Gefolgschaftstreue und die Befürchtung, sich sonst dem Vorwurf der Feigheit auszusetzen, den Angeklagten a l l e i n 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 S t e r b e n s 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 U m s t ä n d e n, unter denen sie geschieht, liegen kann, mag auch die T ö t u n g 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 ä u ß e r e n 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 Strafdrohung 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, worauf 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 b e w u ß t 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 Bitten 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 A n w e s e n h e i t im Hause kann deshalb v o n d i e s e m Z e i t p u n k t a n 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 v o r h e r diese Tatbestände verwirklicht hat. Denn dem Urteil ist nicht zu entnehmen, daß er gerade durch die Hilferufe v e r a n l a ß t wurde, die Wohnung der Familie H. zu betreten und daß er a l s b a l d 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, e h e 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 v o l l e n d e t e Landfriedensbruch nicht aus der Welt geschafft worden sein. Die Schuldfrage würde durch sein späteres Verhalten nicht berührt, nur für das M a ß 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.

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. Urt. 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.

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/8)

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 für die Menschenwürde und das Lebensrecht der Häftlinge vermissen läßt, hat das Schwurgericht mit Recht einen niedrigen Beweggrund gefunden.

X 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 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 erforerlich 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 rassisch mißachteten Personen überhaupt jeden Menschenwert und jede Menschwürde absprach und ihnen deshalb erbarmungslos diejenigen rechtlichen Sicherungen versagte, die nach der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung aller selbst Kulturvölker dem gebühren, der eine schwere strafbare Handlung begangen hat.

Der Angeklagte ist jedoch nicht dadruch beschwert usw.

1 StR 791/51

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 Feststellungen 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,

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 gesetzesgleiche 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 rassisch 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 Verbrechensmerkmal 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-

359

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 könnte, 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-

361

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.

362

Obwohl das Urteil, wenn auch ohne nähere und ausreichende Begründung, davon auszugehen scheint, dass sich die Angeklagten der 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 Tätervorsatz 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 rassisch 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 Beihilfe 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 Beihilfe zum Mord, nicht als Beihilfe zum Totschlag zu beurteilen (vgl. BGHSt Bd. 2 S. 368; OGHSt Bd. 1 S. 95, 103).

Das Schwurgericht scheint, ohne dass das Urteil allerdings 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 Rechtsansicht bestünden durchgreifende Bedenken. Die "Sonderbehandlung" 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 Berichterstattung und des Vorschlags durch die örtlichen Gestapostellen und vor allem der besonderen Entschliessung desjenigen, der im RSHA in jedem einzelnen Falle durch die Anordnung der "Sonderbehandlung" erst über Leben oder Tod des Opfers entschied. Die Rechtsprechung hat zwar gelegentlich 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 hingegeben 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, da 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 auszuscheiden, diesen Schritt nicht schon zu einer Zeit getan haben, in der er möglicherweise ohne jede Gefahr noch geschehen konnte. Der Umstand, dass sie

Der Oberbundesanwalt
Eing. 28. NOV. 1952
26 Anl. — Bd. 3 Akten

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 Diensteifer 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
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

An
den HERRN OBERBUNDESANWALT
mit
4 Ausfertigungen,
22 Abschriften,
3 Bd. Akten,
Bd. Beiakten

Wir wollen Akten des Landgerichts für die Revision zu benutzen. Der Angeklagten wurden ein Jahr, freiheitsstrafe wie vorgeht.

Der Oberbundesanwalt
Eing. 28. NOV. 1952
26 Anl. — Kdm. 3 Bd.

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. Lobkuchner nach den Urteilsfeststellungen durch besonderen Diensteifer 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
Justizobersekr.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

An
den HERRN OBERBUNDESANWALT
mit
4 Ausfertigungen,
2/2 Abschriften,
1/3 Bd. Akten,
Bd. Beiakten.

Die mit. Akten des Landgerichts sind für mich zur Zeit nicht zu benutzen. Die Angeklagten werden ihre Haftbeschwerde wohl demnächst zurückziehen.

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja

MStGB § 47, Verbotsirrtum

Die Erkenntnis des Untergebenen, daß der ihm erteilte Befehl eine Handlung betraf, welche ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte, schließt nicht aus, daß er den Befehl gleichwohl glaubte ausführen zu müssen, weil er aus falsch verstandener Gehorsams- oder Treupflicht auch Befehle für verbindlich hielt, die ihm die Begehung strafbarer Handlungen ansannen. Ein solcher Irrtum betrifft einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund. Er ist ein Verbotsirrtum.

BGH, Urt.v. 2. August 1968 - 4 StR 623/67 - SchwG b.LG Essen.-

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

4 StR 623/67

URTEIL

in der Strafsache

gegen

1. den Kriminalrat Friedrich Hugo M e y e r
aus Münster/Westfalen, geboren am 3. Dezember 1912
in Dortmund,

2. den kaufmännischen Angestellten Claus H ü s e r
aus Hamburg-Harburg, geboren am 1. August 1909
in Harburg,

3. den Verlagskaufmann Eberhard S t a n k e
aus Darmstadt, geboren am 1. Oktober 1913
in Krotoschin,

wegen Beihilfe zum Mord.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 2. August 1968, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Rotberg
als Vorsitzender,
Bundesrichter Dr. Faller
Bundesrichter Börtzler
Bundesrichter Mayr
Bundesrichter Dr. Dr. Spiegel
als beisitzende Richter,
Landgerichtsrat Hecking
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt W. aus dem Siepen aus Essen für den Angeklagten Hüser,
Rechtsanwalt Dr. Lürken aus Marl für den Angeklagten Stanke
als Verteidiger,
Justizangestellte Himmelsbach
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Angeklagten gegen das Urteil des Schwurgerichts bei dem Landgericht Essen vom 22. Dezember 1966 werden verworfen.

Jeder Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

G r ü n d e:

Die Angeklagten haben nach den Feststellungen des Schwurgerichts als Führerdienstgrade des Sonderkommandos 7 a der Einsatzgruppe B der Sicherheitspolizei und des SD im Juli 1941 in Witebsk an einer Massenerschießung erwachsener männlicher jüdischer Landeseinwohner mitgewirkt, der Angeklagte Stanke außerdem im Juli oder August 1941 an einer ebensolchen Erschießung in Gorodok. In Witebsk wurden mindestens 200, in Gorodok mindestens 100 Menschen getötet. Das Schwurgericht hat die Angeklagten Meyer und Hüser wegen Beihilfe zum Mord zu zwei Jahren Zuchthaus, den Angeklagten Stanke wegen Beihilfe zum Mord in zwei Fällen zu zwei Jahren und sechs Monaten Zuchthaus verurteilt. Von der Anklage wegen Mordes oder Beihilfe zum Mord in weiteren Fällen sind die Angeklagten freigesprochen worden. Die Staatsanwaltschaft und die Angeklagten fechten das Urteil mit der Revision an.

I. Die Revision der Staatsanwaltschaft.

Die Revision ist beschränkt. Sie richtet sich

1. dagegen, daß das Schwurgericht den Angeklagten in den Fällen Witebsk und Gorodok die Möglichkeit eines Verbotsirrtums zugebilligt und demgemäß die Strafe gemäß § 44 StGB gemildert hat,

2. gegen die Freisprechung des Angeklagten Meyer von der Mordanklage wegen Beteiligung an einer Judenerschießung in Newel im August 1941 (Abschnitt III 9 der Urteilsgründe, UA S. 96 ff).

Das Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, ist unbegründet.

1. Das Schwurgericht hat festgestellt, die Angeklagten hätten gewußt, daß die Befehle ihrer Vorgesetzten, bei denen Erschießungen in Witebsk und Gorodok mitzuwirken, Verbrechen bezweckten (§ 47 MStGB). Es hat jedoch nicht ausschließen können, daß sie der Meinung gewesen seien, die Vernichtungsbefehle trotz des erkannten verbrecherischen Zwecks befolgen zu müssen, weil sie geglaubt hätten, Führerbefehlen unbedingten Gehorsam zu schulden, und daher angenommen hätten, die Befolgung der Befehle sei für ihre Person gerechtfertigt (UA S. 182 f). Diesen Irrtum hat das Gericht als vermeidbaren Verbotsirrtum gewertet (UA S. 186) und bei der Bemessung der Strafen berücksichtigt (UA S. 104). Die Auffassung des Schwurgerichts beruht nicht auf Rechtsirrtum.

Der Bundesgerichtshof hat zwar wiederholt ausgesprochen, daß die allgemeinen Grundsätze über den Verbotsirrtum im Rahmen des § 47 MStGB angesichts der ausdrücklichen Regelung und wegen der Eigenart der militärischen Befehlsverhältnisse nicht anwendbar sind (BGHSt 5, 239, 244; LM Nr. 3 zu § 47 MStGB). Damit ist aber nur gesagt, daß im Anwendungsbereich des § 47 MStGB bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Befehls oder zurechenbares Verkennen seiner Unrechtmäßigkeit zur Strafbarkeit nicht ausreichen, daß vielmehr sicheres Wissen erforderlich ist. Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Anwendung der für den Verbotsirrtum entwickelten Rechtssätze, wenn der Befehlsunterworfene den verbrecherischen Zweck eines Befehls zwar erkannt, aber gleichwohl geglaubt hat, den Befehl ausführen zu müssen, weil er aus falsch verstandener Gehorsams- oder Treuepflicht auch Befehle für bindend hielt, die ihm die Begehung straf-

barer Handlungen ansannen. Ein solcher Irrtum betrifft weder die Tatbestandsmäßigkeit der anbefohlenen Tat, noch einen in der Rechtsordnung anerkannten oder auch nur möglichen Rechtfertigungsgrund. Er ist aber im Rahmen der Grundsätze rechtlich beachtlich, die die Rechtsprechung zum Verbotsirrtum (BGHSt 2, 194) entwickelt hat. Dies hat bereits der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 22. April 1955 (1 StR 653/54) dargelegt. Der Senat hält diese Rechtsansicht für zutreffend.

Das Schwurgericht ist auf Grund rechtsfehlerfreier Überlegungen (UA S. 183 ff) zu dem Ergebnis gekommen, ein Irrtum über die unbedingte Verbindlichkeit und rechtfertigende Kraft eines "Führerbefehls" sei bei keinem der Angeklagten auszuschließen. Seine Erwägungen liegen auf dem der Revision verschlossenen tatsächlichen Gebiet. Sie lassen weder Denkfehler noch Verstöße gegen allgemein anerkannte Erfahrungssätze erkennen. Ein solcher Verstoß liegt insbesondere auch nicht darin, daß das Gericht der Erziehung und der Ausbildung der Angeklagten in der SS zu überzeugten Nationalsozialisten und zu unbedingtem Gehorsam in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung beimißt. Der nationalsozialistischen Propaganda waren zwar alle Deutschen ausgesetzt, die Angeklagten als SS-Führer jedoch in weitaus stärkerem Maße als andere. Sie waren außerdem zu unbedingtem Gehorsam, der bei der SS über allen anderen Werten stand, erzogen worden. Die Annahme, daß infolgedessen gerade sie zu der irrigen Auffassung gelangen konnten, der Befehl Hitlers rechtfertige in ihrer Person selbst den Mord an Juden, verstößt nicht gegen die geschichtliche Wahrheit, wie die Revision meint. Es trifft zwar zu, daß blinder Gehorsam als solcher nicht von der

strafrechtlichen Verantwortung für die Ausführung befohlener Verbrechen befreit (BGHSt 2, 251); damit ist aber nicht gesagt, daß ein Gehorchender nicht dem Irrtum unterliegen könnte, das Gehorchen rechtfertige sein Handeln. Diese Frage ist in jener Entscheidung nicht behandelt. In BGHSt 3, 271 ist die Denkbarkeit einer derartigen falschen Auffassung von der Gehorsamspflicht ausdrücklich anerkannt. Ob sie im Einzelfall vorliegt, oder nicht auszuschließen ist, ist Tatfrage. Dem blind Gehorchenden wird es übrigens in der Regel gerade zum Vorwurf gemacht werden können, daß er "blind", also ohne sein Gewissen zu prüfen, gehorcht hat. Ungeheuerlichkeiten, wie sie hier geschehen sind, müssen das Gewissen selbst eines im strengsten Gehorsam erzogenen Menschen ansprechen. Dies hat das Schwurgericht auch nicht verkannt. Daher hält es den möglichen Verbotsirrtum der Angeklagten nicht für entschuldigt.

Mit seiner Auffassung in der Frage des Verbotsirrtums befindet sich das Schwurgericht ferner nicht im Widerspruch zu seinen Feststellungen zum Befehlsnotstand (UA S. 186 ff). Es ist nicht undenkbar, daß den Angeklagten die Ausführung der Befehle, an deren rechtfertigende Kraft sie zwar möglicherweise glaubten, gleichwohl unangenehm und menschlich zuwider war, daß sie sich aber trotzdem nur aus Rücksicht auf ihre berufliche Laufbahn und, um persönlichen Unannehmlichkeiten zu entgehen, nicht widersetzt haben.

Damit, daß das Schwurgericht den - nach seiner tatrichterlichen Überzeugung nicht auszuschließenden - Verbotsirrtum der Angeklagten bei der Strafzumessung "erheblich" berücksichtigt hat (UA S. 204), hat es im Rahmen seines Ermessens entschieden (BGHSt 2, 194 ff). Seine hierfür maßgebenden Erwägungen (UA S. 203 bis 205) beruhen nicht auf Rechtsirrtum.

2. Den Angeklagten Meyer hat das Schwurgericht im Fall Newel von der Mordanklage freigesprochen, weil es die Tatbestandsmerkmale des Mordes nach § 211 StGB in der seit 15. September 1941 geltenden Fassung nicht zweifelsfrei feststellen konnte und, soweit sich Meyer des Totschlags oder der Beihilfe dazu schuldig gemacht hat, die Strafverfolgung verjährt ist. Die von der Staatsanwaltschaft hiergegen erhobenen Bedenken sind unbegründet.

Das Schwurgericht hat ausweislich der Urteilsgründe letzte Zweifel daran, daß der Angeklagte gewußt habe, mindestens ein Teil der Juden sei an den Brandstiftungen in Newel nicht beteiligt gewesen und sollte nur wegen seiner Zugehörigkeit zum Judentum erschossen werden, nicht überwinden können. Gründe dafür brauchte es im einzelnen nicht anzuführen. Seine Auffassung ist nicht unvereinbar damit, daß die Opfer nach ihrer Rassezugehörigkeit gefragt wurden. Dieser Umstand schließt es nicht aus, daß sie nach der Vorstellung des Angeklagten irgendwelcher Sabotagehandlungen verdächtig oder überführt waren. Daß das Schwurgericht einen, wie die Revision mit Recht sagt, naheliegenden tatsächlichen Schluß zum Nachteil des Angeklagten nicht ziehen zu können gemeint hat, ist kein rechtlicher Fehler.

Entgegen der Auffassung der Revision hat das Schwurgericht auch die rechtliche Bedeutung des Merkmals "grausam töten" in § 211 StGB nicht verkannt. Dieses Merkmal hat eine sachliche und eine persönliche Seite (RGSt 79, 299; BGHSt 3, 180). Vor allem davon, daß der Angeklagte auch in diesem Falle aus einer grausamen und gefühllosen Gesinnung heraus den Opfern seelische Qualen zugefügt habe, hat sich das Gericht nicht überzeugen können. Nach den Feststellungen

ist davon auszugehen, daß der Ort der Erschießung vom "Lagerplatz" der Opfer entfernt - nach der Aussage eines Zeugen bis zu 250 m (UA S. 98, 111) - lag und von dort aus nicht eingesehen werden konnte. Unter diesen Umständen konnte das Schwurgericht davon ausgehen, der Angeklagte habe nicht erkannt, daß das Geschehen grausam im Sinne des § 211 StGB war.

Da auch sonst Rechtsfehler nicht erkennbar sind, besteht der Freispruch zu Recht.

II. Die Revisionen der Angeklagten.

Die Beschwerdeführer rügen Verletzung des sachlichen Rechts, der Angeklagte Meyer mit näherer Begründung, die beiden anderen Angeklagten allgemein. Der Angeklagte Meyer beschwert sich außerdem gegen das Verfahren des Schwurgerichts. Die Revisionen haben keinen Erfolg.

1. Verfahrensrügen des Angeklagten Meyer

a) Durch die Anordnung der Vernehmung des Zeugen Vielkind im Wege der Rechtshilfe durch ein österreichisches Gericht ist die Verteidigung des Angeklagten nicht in unzulässiger Weise beschränkt worden. Der Zeuge hatte sich geweigert, vor einem deutschen Gericht zu erscheinen. Daher war seine Vernehmung im Rechtshilfeweg nicht zu vermeiden, wenn sie das Schwurgericht nach pflichtmäßigem Ermessen zur Sachaufklärung für nötig hielt. Deshalb ist die Verteidigung durch die Anordnung der Vernehmung im Ausland nicht unzulässig beschränkt worden. Der Verteidiger und der Angeklagte konnten zwar nach österreichischem Recht an der Vernehmung nicht teilnehmen. Bei Ver-

nehmungen im Ausland kann jedoch die Beobachtung des deutschen Strafverfahrensrechts nicht verlangt werden (BGHSt 1, 219, 221; 7, 16; Urteil vom 9. Juli 1963, 5 StR 216/63). Die Vernehmung eines Zeugen in Abwesenheit des Angeklagten und seines Verteidigers verstößt nicht gegen allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze. Mit der Vernehmung des Zeugen durch ein österreichisches Gericht waren zudem alle Beteiligten einverstanden, obwohl ihnen bekannt war, daß sie an ihr nicht teilnehmen konnten.

b) Das Schwurgericht hat nicht übersehen, daß der Zeuge Holste bei seiner Vernehmung durch das Amtsgericht Marburg (Lahn) nach § 60 Nr. 3 StPO nicht hätte vereidigt werden dürfen. Daher hat es die Aussage so behandelt, als ob der Zeuge nicht vereidigt worden wäre. Damit waren ausweislich der Niederschrift auch der Angeklagte und sein Verteidiger einverstanden. Die vorschriftswidrige Vereidigung eines Zeugen macht dessen Aussage nicht schlechthin unverwertbar (BGH NJW 1952, 1146; LM Nr. 8 zu § 60 Nr. 3 StPO).

c) Die Aufklärungsrüge ist nicht in vorschriftsmäßiger Form erhoben. Es fehlt die Angabe von Beweismitteln, mit denen die angeblichen Widersprüche zwischen den Aussagen verschiedener Zeugen hätten geklärt werden können.

2. Die Sachrügen.

Der Senat hat bei umfassender Prüfung des Schwurgerichtsurteils keine Verstöße gegen sachliches Recht zum Nachteil der Angeklagten feststellen können.

Was die Revision des Angeklagten Meyer in den Abschnitten 1) bis 3) der schriftlichen Begründung vorbringt, ist im wesentlichen unbeachtlich. Damit versucht er nur, in unzulässiger Weise die tatsächlichen Feststellungen des Schwurgerichts anzugreifen und die Beweise unabhängig von der Beweiswürdigung des Schwurgerichts selbständig zu würdigen. Diese Ausführungen kann das Revisionsgericht bei der sachlich-rechtlichen Überprüfung des Urteils nicht berücksichtigen. Die Feststellungen und die Beweiswürdigung des Schwurgerichts verletzen weder die Denkgesetze noch allgemein anerkannte Erfahrungssätze. Die Urteilsgründe bieten auch keinen Anhalt dafür, daß das Schwurgericht nicht die volle Überzeugung von der Richtigkeit derjenigen Tatsachen gehabt hätte, die es der Urteilsfindung zu Grunde gelegt hat. So war insbesondere die Prüfung der Aussage des Mitangeklagten Hüser auf ihre Zuverlässigkeit allein Sache des Tatrichters. Das Schwurgericht hat eingehend dargelegt, warum es Hüser für glaubwürdig hält. Es hat dabei weder Denkgesetze noch den Grundsatz verletzt, daß im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden ist. Der Vorwurf, die Überzeugung des Schwurgerichts von der Beteiligung des Angeklagten Meyer an der Erschießung in Witebsk beruhe auf bloßen Spekulationen und Unterstellungen findet in den Urteilsgründen keine Stütze.

Im übrigen ist zu den Revisionen zu bemerken:

Das Schwurgericht hat zwar nicht ermitteln können, welche Tätigkeit die Angeklagten bei den Erschießungen im einzelnen entfaltet haben. Es hat aber festgestellt, daß sie dabei in einer ihrer Stellung als Führerdienstgrade des Sonderkommandos entsprechenden Weise beaufsich-

tigend, bewachend und ordnend tätig waren (UA S. 63, 75) und so die Massenerschießungen vorsätzlich gefördert haben (UA S. 173 f). Damit ist der äußere Tatbestand der Beihilfe nachgewiesen. Die Auslegung der Feststellungen, die Angeklagten hätten an dem verbrecherischen Geschehen nur passiv, etwa als unbeteiligte Zuschauer, teilgenommen, ist nach ihrem Zusammenhang nicht möglich.

Weder die strenge noch die begrenzte Abhängigkeit der Beihilfe von der Haupttat (§§ 49, 50 StGB) bedeutet, daß die inneren Tatbestandsmerkmale des Mordes nach der alten und nach der seit 1941 gültigen Fassung des § 211 StGB auch beim Gehilfen vorliegen müßten (RGSt 74, 84, 86; BGHSt 1, 368; 2, 251, 255; 9, 378; 11, 66). Daher liegen alle Ausführungen der Revision zu der Frage, ob auch die Angeklagten mit Überlegung handelten und in ihrer Person die Mordmerkmale heimtückisch, grausam und aus niedrigen Beweggründen verwirklichten, neben der Sache. Die Frage ist entgegen der Ansicht der Revision für den auf dienstlichen Befehl handelnden Gehilfen nicht anders zu beurteilen.

Rechtlich zutreffend geht das Schwurgericht ferner davon aus, daß die zur Tatzeit geltende Fassung des § 49 StGB zu keiner dem Angeklagten günstigeren rechtlichen Beurteilung seiner Tat führen würde. Die Ausführungen der Revision hierzu gehen fehl. Für den vorliegenden Fall ist die Änderung der §§ 49, 50 StGB ohne Bedeutung, weil die Feststellungen keinen Zweifel daran offen lassen, daß die Haupttäter schuldhaft gehandelt haben, der Angeklagte also auch nach altem Recht als Gehilfe zu bestrafen wäre.

Warum dies im Anwendungsbereich des § 47 MilStGB anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.

Die Feststellung, die Angeklagten hätten den verbrecherischen Zweck der Tötungsbefehle erkannt, ist vereinbar mit der zugunsten der Angeklagten unterstellten Annahme, sie hätten die Befehle irrigerweise trotzdem für verbindlich gehalten. Das ist bereits bei der Erörterung der Revision der Staatsanwaltschaft dargelegt worden.

Die Ausführungen des Schwurgerichts zur Frage des Befehlsnotstands (§ 52 StGB) sind ebenfalls frei von Rechtsirrtum. Die Angeklagten hätten wohl nicht ohne Gefahr für Leib und Leben offen Widerstand leisten können. Daß sie dies nicht getan haben, gereicht ihnen auch strafrechtlich nicht zum Vorwurf. Im übrigen kommt es nicht entscheidend auf die äußere Sachlage, sondern darauf an, aus welchen inneren Beweggründen die Angeklagten die Befehle widerstandslos ausgeführt haben. Hierzu hat das Schwurgericht rechtlich unangreifbar festgestellt, daß sie das nicht aus Angst um Leib oder Leben getan haben, sondern um ihre berufliche Laufbahn und ihre gesellschaftliche Stellung nicht zu gefährden und um persönlichen Unannehmlichkeiten zu entgehen.

Auch die Strafaussprüche halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Da die Beihilfe zum Mord zur Tatzeit nach § 4 der VO gegen Gewaltverbrecher mit der Todesstrafe als Höchststrafe bedroht war, ist der Strafrahmen des § 49 StGB in Verbindung mit § 211 StGB in der jetzt geltenden Fassung milder. Dabei ist die vom Einzelfall

losgelöste (abstrakte) Betrachtungsweise maßgebend, nicht, welche Strafe nach der besonderen Lage des Falles angemessen wäre. Für die Strafhöhe spielt übrigens die Frage, ob das zur Tatzeit oder das jetzt geltende Recht günstiger ist, keine Rolle, weil das Schwurgericht weit unter dem Höchstmaß der vor der Gewaltverbrecher-VO für Beihilfe zum Mord angedrohten Strafe geblieben ist.

Rotberg Faller Bundesrichter Börtzler ist beurlaubt und kann deshalb nicht unterschreiben.

Rotberg

Mayr Spiegel

fung eingelegt hat, der Tatbestand des angefochtenen Urteils. Dieser stellt (soweit er nicht im Widerspruch zum Sitzungsprotokoll steht) nichts anderes dar als das bewiesene, auf den Schluß der mündlichen Verhandlung abgestellte, beurkundete Parteivorbringen.

c) Von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Beurkundung des Parteivorbringens im Tatbestand eines erstinstanzlichen Urteils ist solange auszugeben, als der Tatbestand nicht auf Grund einer Berufungsverhandlung oder einer dazu geeigneten anderen Handlung eine Änderung erfährt.

OLG STUTTGART, Beschl. v. 9. 9. 1969 – 6 U 84/69

Aus den Gründen: Zu Unrecht vertritt der Beklagte die Meinung, die Berufungsbegründungsfrist sei noch gar nicht abgelaufen; sie sei durch die Gerichtsferien gehemmt.

Der Beklagte verkennt hierbei, daß der Berufungsrechtsstreit gem. § 200 Abs. 2 Nr. 6 GVG Feriensache ist und daher einer Fristenhemmung durch die Gerichtsferien nicht unterliegt. Dem Klagebegehren liegen ausschließlich Wechselforderungen zugrunde. Nicht stützt es sich außerdem auch noch auf eine Kaufpreisforderung.

Auf welche Anspruchsgrundlagen eine Klage gegründet wird, kann nur dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers entnommen werden, wie sich dieses in dem Zeitpunkt darstellt, in welchem zu beurteilen ist, ob eine Feriensache vorliegt. Beurteilungszeitpunkt in diesem Sinne ist bei einem Berufungsrechtsstreit, wo (wie hier) das angefochtene Urteil aufgrund einer mündlichen Verhandlung verkündet wurde und gegen das lediglich der Beklagte das Rechtsmittel eingelegt hat, der Schluß der mündlichen Verhandlung in erster Instanz. Wie in diesem Zeitpunkt der Sach- und Streitstand aussieht, ergibt sich aus dem Urteilstatbestand. Gem. § 314 Satz 1 ZPO liefert dieser den vollen Beweis für das mündliche Vorbringen der Parteien. Der Tatbestand ist danach nichts anderes als das gerichtlich beurkundete Parteivorbringen, abgestellt auf den für den Erlaß des Urteils maßgeblichen Zeitpunkt. Das gilt allerdings (wie sich von selbst versteht) nur für Urteile, welche eine Tatsacheninstanz erläßt.

Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils nimmt aber der Kläger lediglich „als Inhaber der Wechsel den Beklagten auf Zahlung der Wechselsumme nebst Unkosten und Zinsen in Anspruch". Irgendeinen weiteren Vortrag oder auch nur eine Bezugnahme auf einen solchen in der Richtung, daß der Kläger den Beklagten auch aus Kauf (und sei es auch nur hilfsweise) in Anspruch nehme, enthält der Tatbestand nicht. Auch die Entscheidungsgründe geben für eine Ergänzung des Tatbestands insoweit nichts her. Ebensowenig kann hierzu aus der Sitzungsniederschrift über den letzten mündlichen Verhandlungstermin etwas entnommem werden. Sie steht insbesondere nicht im Widerspruch zum Inhalt des Urteilstatbestandes, vermag also diesem nach § 314 Satz 2 ZPO die Beweiskraft nicht zu nehmen.

Mithin muß als bewiesen angesehen werden, daß der Kläger entgegen seiner Ankündigung im Schriftsatz v. 29. 7. 1969 den Klageanspruch nicht auch noch auf § 433 Abs. 2 BGB gestützt hat, mindestens nicht mehr in dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt.

Nach den Gegebenheiten des Falles hätte der Beklagte der gesetzlichen Beweisregel des § 314 ZPO nur noch mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung gem. § 320 ZPO begegnen können. Von dieser Möglichkeit hat er bisher keinen Gebrauch gemacht. Er vermag das auch nicht mehr. Denn nach § 320 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist die Berichtigung des Tatbestands ausgeschlossen, wenn sie nicht binnen 3 Monaten seit der Verkündung des Urteils beantragt wurde. Diese Dreimonatsfrist ist bereits am 19. 8. 1969 abgelaufen. Sie stellt eine sogenannte „uneigentliche Frist" dar. Auf eine solche findet § 223 Abs. 1 ZPO keine Anwendung; d. h. eine Hemmung durch die Gerichtsferien tritt bei ihr nicht ein.

Eine Möglichkeit, den Tatbestand in sonstiger Weise ergänzen zu lassen, hat der Beklagte nicht. Auch die Tatsache, daß er Berufung eingelegt hat, vermag ihm hier nicht weiterzuhelfen. Wohl kann durch eine Berichtigung des Urteilstatbestands die Grundlage für den Erfolg eines Rechtsmittels geschaffen werden, nicht aber ist durch ein Rechtsmittel etwa eine Tatbestandsberichtigung zu erreichen.

Sonach kann und darf nicht davon ausgegangen werden, daß die Klage auf mehrere Anspruchsgrundlagen gestützt wird, von denen wenigstens eine keine Feriensache ist, sondern nur davon, daß die Klage sich allein auf Wechselforderungen gründet und deshalb der Berufungsrechtsstreit eine Feriensache kraft Gesetzes darstellt.

(Mitgeteilt von SenPräs. Dr. Hänle, Stuttgart)

Anm. d. Schriftltg.: Zu d. Feriensachen kraft Gesetzes vgl. auch *BGH* in NJW 63, 713, in VersR 63, 638, in VersR 66, 833, in NJW 67, 1371 sowie OLG *Hamm* in JMBlNRW 64, 69.

B. Strafrecht

a) BGH Auschwitz-Urteil

12. *StGB §§ 211, 47* *(Ablehnung der Strafbarkeit wegen eines sog. Massenverbrechens – Auschwitzurteil)*

Nicht jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers eingegliedert war und dort *irgendwie* anläßlich dieses Programms tätig wurde, ist für *alles*, was auf Grund dieses Programms geschah, verantwortlich. Strafbar kann insoweit nur derjenige sein, der die Haupttat konkret gefördert hat. Eine andere Auffassung käme über den Begriff der natürlichen Handlungseinheit zu der Annahme eines Massenverbrechens, die in der Rechtsprechung des *BGH* immer abgelehnt worden ist.[1])

BGH, Urt. v. 20. 2. 1969 – 2 StR 280/67 (SchwurG Frankfurt/M.)

Aus den Gründen: . . . I. . . . III. Die Revision der StA greift die Annahme mehrerer selbständiger Beihilfehandlungen an und meint, bei den Aktionen gegen die Juden handele es sich um ein einheitliches Vernichtungsprogramm. Dazu wird ausgeführt:

„Das besondere Geschehen in Auschwitz ist jedenfalls ein in sich geschlossener Teil dieses Vernichtungsprogramms. Hier hätte das SchwurG zu dem Schluß kommen müssen, daß die gesamten strafbaren Handlungen jeweils für den einzelnen Angeklagten als in natürlicher Handlungseinheit begangen angesehen werden müssen. Denn sie stehen in solch unmittelbarem Zusammenhang, daß ihr gesamtes Tätigwerden an sich für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar wurde."

Diese Ausführungen laufen dem Anschein nach auf eine Besserstellung der Angeklagten hinaus. Sie würden dazu führen, daß die Angeklagten nur einmal verurteilt werden könnten, selbst dann, wenn sie sich in vielen voneinander abweichenden Einzelfällen schuldig gemacht haben. Die Strafklage würde in umfassender Weise durch ein rechtskräftiges Urteil verbraucht sein, auch wenn das Urteil den Angeklagten von einer ihm vorgeworfenen verhältnismäßig geringfügigen Beihilfe freigesprochen oder ihn wegen einer solchen verurteilt hat, sich später aber schwerwiegende Taten herausstellen, die ganz außerhalb des Rahmens der Fälle liegen, die dem Angeklagten ursprünglich vorgeworfen wurden. Der Täter wäre insbesondere auch dann durch das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs gegen jede weitere Verfolgung gesichert, wenn nach Rechtskraft des Urteils ermittelt würde, daß er im Lager viele Häftlinge eigenhändig und aus eigenem Antrieb getötet hat. Die Revision will auch nicht etwa alle Beteiligten als Täter behandelt wissen, hält vielmehr zu Recht Beihilfe für möglich. Das ergibt sich aus den Schlußausführungen zur Revisionsbegründung, wonach das SchwurG Tatumfang und Schuld bei jedem Angeklagten im einzelnen festzustellen und zu bewerten habe.

Die Revision bezweckt jedoch keine Besserstellung der Angeklagten. Wie die Angriffe gegen den Freispruch des Angeklagten Dr. Sch. zeigen, meint sie in Übereinstimmung mit Bauer (JZ 67, 625, 628), daß jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort *irgendwie* anläßlich dieses Programms tätig wurde, sich objektiv an den Morden beteiligt hat und für *alles* Geschehene verantwortlich ist. Diese An-

1) Leitsatz der Schriftltg.

sicht ist nicht richtig. Sie würde bedeuten, daß auch ein Handeln, das die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müßte. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straffrei. Das ist nicht angängig.

Die Revision kommt auf dem Umweg über den Begriff der natürlichen Handlungseinheit zu der Annahme eines Massenverbrechens, die in der Rechtsprechung des *BGH* immer abgelehnt worden ist (*BGHSt.* 1, 219 = LM Nr. 2 zu § 251 StPO [L]; *BGH*, NJW 51, 666; Urt. v. 27. 1. 1953 – 2 StR 20/50; *BGH*, NJW 53, 112; v. 17. 10. 1958 – 5 StR 296/58; zur Sammelstraftat vgl. *BGHSt.* 1, 41, 42 = LM Nr. 4 zu § 73 StGB [L]; *BGHSt.* 18, 376 = NJW 63, 1627; *BGH*, NJW 53, 955 und Urt. v. 20. 12. 1951 – 4 StR 880/51; zur natürlichen Handlungseinheit vgl. *BGHSt.* 4, 219 = NJW 53, 1357; *BGHSt.* 10, 129 = NJW 57, 595; *BGHSt.* 10, 230 = NJW 57, 1077; *BGHSt.* 16, 397 = NJW 62, 645). Zu Unrecht stützt sich Bauer für seine Meinung auf die Entscheidung des erkennenden Senats v. 22. 3. 1967 – 2 StR 279/66 = JZ 67, 643. Dort ergab sich die natürliche Handlungseinheit nur aus den Besonderheiten des Falles, insbesondere aus der *einheitlichen Planung* eines einzelnen Angeklagten, der klaren zeitlichen Begrenzung, dem völlig gleichförmigen Ablauf der Gesamtaktion und der Beschränkung auf einen übersehbaren Kreis von Opfern aus einem räumlich begrenzten Gebiet. Aus dieser Entscheidung können die weiterreichenden Folgerungen der Revision nicht gezogen werden. In Auschwitz handelte es sich, was die Angeklagten betrifft, nicht um einen fest umgrenzten, abgeschlossenen Tatkomplex *eines einzigen bestimmten Täters*, sondern um Tötungen aus den verschiedensten Beweggründen, zum Teil auf Befehl, zum Teil durch eigenmächtiges Handeln, zum Teil als Täter, zum Teil als Gehilfe, wobei zwischen den Tatkomplexen oft große Zeiträume liegen und die Tatkomplexe sich wesentlich voneinander unterscheiden.

Ob eine natürliche Handlungseinheit vorliegt, hängt wesentlich von der Planung und dem Willen des bestimmten Angeklagten ab. Insofern ist jedoch keinerlei Anhalt für einen Rechtsverstoß des SchwurG dargetan oder auch nur ersichtlich. Das SchwurG hat die Betätigung der einzelnen Angeklagten keineswegs in eine Vielzahl selbständiger Einzelhandlungen aufgelöst, sondern – von eigenmächtigen Einzeltötungen abgesehen – immer dann die mehreren Handlungen zu einer natürlichen Handlungseinheit zusammengefaßt, wenn sich die Einzelfälle als Teile eines einheitlichen Ganzen darstellten (Beispiel: die Tötung von 750 Menschen eines Häftlingstransportes als eine Tat).

IV. Die bloße Zugehörigkeit des freigesprochenen Angeklagten Dr. Sch. zum Lagerpersonal und seine Kenntnis von dem Vernichtungszweck des Lagers reichen nach allem nicht aus, ihm die während seines Lageraufenthalts begangenen Tötungen zuzurechnen. Von dem *konkreten* Anklagevorwurf, als SS-Zahnarzt Selektionen auf der Rampe durchgeführt und das Einwerfen des Giftgases in die Gaskammer überwacht zu haben, hat ihn das SchwurG ohne Rechtsfehler mangels Beweises freigesprochen. In der Ausübung seiner eigentlichen Tätigkeit im Lager, der zahnärztlichen Behandlung des SS-Personals, kann objektiv und subjektiv keine Beihilfe zu den Tötungshandlungen gesehen werden. *St.*

Anm. d. Schriftltg.: Die zit. Entsch. des *BGH* sind besprochen: *BGHSt.* 1, 219 bei LM Nr. 2 zu § 251 StPO v. Geier, *BGHSt.* 4, 219 = NJW 53, 1357 bei LM Nr. 9 zu § 74 StGB v. Martin, *BGHSt.* 10, 129 = NJW 57, 595 bei LM Nr. 10 zu § 46 StGB v. Hülle, *BGHSt.* 10, 230 = NJW 57, 1077 bei LM Nr. 56 zu § 73 StGB v. Busch, *BGHSt.* 16, 397 = NJW 62, 645 bei LM Nr. 70 zu § 73 StGB v. Geier, *BGHSt.* 18, 376 = NJW 63, 1627 bei LM Nr. 9 zu § 170b StGB v. Hengsberger.

13.† *StPO §§ 33a, 349 Abs. 2 (Unzulässige Anfechtung des Verwerfungsbeschlusses)*

Der Beschluß des Revisionsgerichts nach § 349 Abs. 2 StPO kann nicht gem. § 33a StPO mit der Begründung angegriffen werden, dem Beschwerdeführer sei nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist keine Gelegenheit gegeben worden, weitere Ausführungen zur Sachrüge zu machen.

BGH, Beschl. v. 13. 8. 1969 – 1 StR 124/69 (LG Mannheim)

Aus den Gründen: Die – rechtzeitige – Revisionsbegründung v. 12. 2. 1969 (eingegangen am 13. 2. 1969) enthält neben der Ausführung der Verfahrensrügen die allgemeine Sachrüge mit dem Zusatz: „Ergänzende Ausführungen zur Sachrüge bleiben einem besonderen Schriftsatz vorbehalten."

Ein weiterer Schriftsatz ist weder bis zum Antrag des Generalbundesanwalts, die Revision durch Beschluß gem. § 349 Abs. 2 StPO zu verwerfen, noch innerhalb der durch die Mitteilung dieses Antrags an den Verteidiger (am 3. 4. 1969) in Lauf gesetzten Zweiwochenfrist des § 349 Abs. 3 StPO eingegangen. Danach war das Revisionsgericht durch den „Vorbehalt" *unter keinem Gesichtspunkt* gehindert, über die Revision zu entscheiden, zumal es auf die allgemeine Sachrüge ohnedies zur Nachprüfung des Urteils im vollen Umfange verpflichtet war. Nachdem vom Beginn der Frist zur Revisionsbegründung fast 4 Monate und von ihrem Ablauf nahezu 3 Monate vergangen waren, kann auch keine Rede davon sein, daß mit der Entscheidung nicht *angemessene* Zeit gewartet worden wäre. Im übrigen mußte der Verteidiger nach Mitteilung des Verwerfungsantrags des Generalbundesanwalts auch ohne zusätzlichen Hinweis damit rechnen, daß nach Ablauf der Frist des § 349 Abs. 3 StPO alsbald entschieden wurde; daß in der Begründung dieses Antrags nicht gesondert zur Sachrüge Stellung genommen wird, rechtfertigt keine andere Beurteilung, da dem Verteidiger als Anwalt bekannt ist, daß es eine gesonderte Entscheidung über Verfahrensrügen nicht gibt.

Der Antrag ist außerdem deswegen unbegründet, weil der *BGH* bei der Beschlußverwerfung v. 6. 5. 1969 keine Tatsachen und Beweisergebnisse ohne vorherige Anhörung des Antragstellers zu seinem Nachteil verwertet hat. Das ist rechtlich gar nicht möglich, weil seine Entscheidung zur Sachrüge auf dem im Urteil festgestellten Sachverhalt beruht, zu dem der Antragsteller im ersten Rechtszug hinreichend Gelegenheit zur Äußerung hatte. In Wirklichkeit bezweckt der Antrag die Neueröffnung des Revisionsrechtszuges. Das ist gesetzlich nur im Wege der Wiedereinsetzung möglich; diese ist jedoch, da im Beschluß v. 6. 5. 1969 bereits eine Sachentscheidung ergangen ist, unzulässig (*BGHSt.* 17, 94 = NJW 62, 818).

Bei dieser Sachlage kann unentschieden bleiben, ob ein Beschluß nach § 349 Abs. 2 StPO erfolgreich gem. § 33a StPO angegriffen werden könnte, soweit bezüglich des Vortrags zu Verfahrensrügen der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wäre. *S.*

Anm. d. Schriftltg.: Die ob. zit. Entsch. *BGHSt.* 17, 94 = NJW 62, 818 ist bei LM Nr. 4 zu § 44 StPO v. Martin besprochen. Zur Rücknahmemöglichkeit irrtümlicher Beschlüsse nach §§ 346, 349 StPO vgl. d. Aufs. v. R. Schmitt in JZ 61, 15.

b) Andere Strafgerichte

14.* *StGB § 360 Abs. 1 Nr. 8; StPO §§ 163 Abs. 1, 163a Abs. 4 (Erklärungspflicht des Beschuldigten gegenüber der Polizei)*

Schon beim ersten Zugriff der Polizei können und sollen die persönlichen Verhältnisse des Verdächtigten oder Beschuldigten, soweit sie für das Strafverfahren von Bedeutung sind, ermittelt werden. Dem Fragerecht der Polizei

---

Zu Nr. 14. *Anmerkung:* Mit der nach § 360 Abs. 1 Nr. 8 StGB strafbaren Übertretung der falschen oder verweigerten Personalienangabe sind die Gerichte zwar häufig, aber immer dann zu Unrecht befaßt, wenn der Angeklagte (wie hier) im Rahmen gegen ihn geführter Ermittlungen zur eigenen Person geschwiegen oder gelogen hat. Denn die von § 360 Abs. 1 Nr. 8 StGB vorausgesetzte Aussagepflicht

76 Diese Entscheidung nach subjektiven Kriterien ist unabhängig vom Bekenntnis zu einem der oben 5 ff. dargelegten Täterbegriffe; zwar ist, wie Bähr aaO S. 62, Gallas Mat. I S. 122 und Lange aaO S. 52 mit Recht betont haben, vom Boden des extensiven Täterbegriffes nur die Entscheidung für die subjektive Teilnahmetheorie möglich (and. v. Liszt-Schmidt S. 334 und früher Mezger S. 443); jedoch kann auch der restriktive Täterbegriff subjektiv abgrenzen und muß es zur Begründung der mittelbaren Täterschaft sogar tun (and. Gallas Mat. I S. 122).

77 **8.** Einer Abgrenzung bedarf es außerdem zwischen **mittelbarer Täterschaft** und **Teilnahme.** Auch hier entscheidet grundsätzlich das Vorhandensein des Täter- oder Teilnehmerwillens beim Beteiligten (vgl. oben 69 ff.). Dabei sind jedoch problematisch einmal die Fälle, bei denen die sachlichen Voraussetzungen für eine der beiden Beteiligungsformen fehlen und daher eine echte Wahlmöglichkeit zwischen ihnen nicht besteht. So z. B., wenn mittelbare Täterschaft entfällt, weil der Hintermann die erforderliche Täterqualität nicht besitzt, oder Teilnahme ausgeschlossen ist, weil der unmittelbar Handelnde nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelt (vgl. dazu oben 32). Zum anderen bedürfen einer Untersuchung die Fälle des Irrtums über die Teilnahme- und Täterschaftsvoraussetzungen beim anderen Beteiligten (vgl. dazu unten 93 ff.).

IX. Akzessorietät und Strafgrund der Teilnahme

Schrifttum: Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949. – ders., Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, GA 1954, 193. – Börker, Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat, JR 1953 S. 166. – Dahm, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, NJW 1949, 809. – Engelmann, Der geistige Urheber des Verbrechens, 1911. – Esser, Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, 321. – Franzheim, Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, 1961. – Heinitz, Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im deutschen und italienischen Strafrecht, Festschrift der Universität Berlin, 1955, S. 93. – Heilborn, Der agent provocateur, 1901. – Hoegel, Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz, ZStW 37, 651. – Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933. – Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225. – Kohler, Anstiftung und agent provocateur, GA Bd. 55, 1. – Kohlrausch, Täterschuld und Teilnehmerschuld, in: Erwin Bumke zum 65. Geburtstag (1939) S. 39. – Lange, Die Schuld des Teilnehmers, JR 1949, 165. – ders., Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1959, 560. – Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967. – Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948. – Mezger, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, 312. – Oehler, Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme. Festschrift zum 41. Dt. Juristentag S. 225. – Schutter, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, 1941 (StrafrAbh. Heft 420). – Seebald, Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, 161. – Stratenwerth, Der agent provocateur, MDR 1953, 717. – Tröndle, Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, GA 1956 S. 129. – Welzel, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?, JZ 1954, 429.

78 Anstiftung und Beihilfe sind abhängig von der Begehung einer Haupttat, da sie beide Beteiligung an fremder Tatbestandsverwirklichung sind. Diese Akzessorietät hat verschiedene Auswirkungen. Hier bedeutet sie zunächst die Notwendigkeit, daß es infolge der Anstiftung oder Beihilfe zu einer Haupttat gekommen ist, die bestimmte rechtliche Qualitäten besitzen muß. Diese Haupttat ist der tatbestandliche Erfolg der Teilnahme. Daher kann, solange keine Haupttat vorliegt, weder Anstiftung noch Beihilfe vorliegen; beide sind vielmehr im Versuchsstadium steckengeblieben, so daß allenfalls § 49a zur Anwendung kommen kann. Entsprechendes gilt, wenn zwar die Haupttat begangen ist, es aber an der Kausalität des Tatbeitrages (vgl. aber § 49 Anm. 4) dafür fehlt. Dann sind allenfalls die Sondervorschriften der versuchten Teilnahme, z. B. die §§ 49a, 159 oder 218 Abs. 4 anzuwenden.

79 Seit der VO vom 29. 5. 1943 steht das StGB auf dem Standpunkt der sog. **limitierten Akzessorietät** (and. nur H. Mayer AT S. 327 ff., Wegner S. 244). Dies bedeutet, daß die Haupttat zwar tatbestandsmäßig und rechtswidrig begangen sein muß, daß es jedoch für die Verantwortung der Teilnehmer nicht darauf ankommt, ob der Haupttäter auch schuldhaft gehandelt hat. Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es in den §§ 48, 49 von einer „mit Strafe bedrohten Handlung" spricht. Sein Sinn ist also: Teilhaben des Teilnehmers am Unrecht der Haupttat und nicht an der Schuld des Haupt-

täters. Was freilich die limitierte Akzessorietät im einzelnen voraussetzt, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Vor der Neufassung der §§ 48, 49, 50 durch die VO vom 29. 5. 1943 stand die überwiegende Meinung auf dem Standpunkt der strengen Akzessorietät. Sie forderte für die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht nur tatbestandsmäßig – rechtswidriges Handeln, sondern auch schuldhaftes vorsätzliches Handeln des Haupttäters (z. B. RGSt. **70** 27). Daraus ergab sich nach h. L. z. B., daß freigesprochen werden mußte, wer einem Unzurechnungsfähigen oder einem in schuldausschließendem Irrtum Befindlichen geholfen hatte (RGSt. **57** 16, 273). Im Schrifttum so z. B. Frank § 48 Anm. II 2, 49 I mit Nachweisen; gegen diese Lehre etwa v. Hippel II S. 448, Wegner S. 240. 80

1. Die **Haupttat** muß **tatbestandsmäßig-widerrechtlich** sein, d. h. sie muß die Voraussetzungen eines der Deliktstatbestände des besonderen Teils erfüllen, soweit diese die Rechtswidrigkeit der Tat betreffen. Dazu gehören auch die sog. subjektiven Unrechtselemente, so daß Anstiftung und Beihilfe dort nicht möglich sind, wo der Haupttäter (z. B. bei Diebstahl, Betrug, Erpressung) ohne die erforderliche Absicht gehandelt hat (BGHSt. **5** 51). Dies ist nahezu unstreitig; nur v. Hippel II S. 448, Sauer AT S. 203 wollen auch vom Erfordernis der Rechtswidrigkeit der Haupttat absehen. Andererseits brauchen die subjektiven Unrechtselemente nur beim Haupttäter vorzuliegen. So kann z. B. wegen Teilnahme an einer Hehlerei auch bestraft werden, wer nicht seines Vorteils wegen handelt (RGSt. **56** 172). Soweit jedoch subjektive Unrechtselemente nur strafmodifizierend wirken, kann § 50 Abs. 2 anwendbar sein; der Nichtbeamte, der einen Beamten zur gewinnsüchtigen Beseitigung von Urkunden anstiftet, ist aus § 133 Abs. 1 zu bestrafen, wenn er seinerseits nicht gewinnsüchtig handelt (and. RGSt. **63** 35, das aus § 133 Abs. 2 bestrafen will); vgl. auch § 50 Anm. 15. 81

Haupttat der Teilnahme kann auch eine **Teilnahmehandlung** an einem fremden Delikt sein. So ist z. B. Anstiftung zur Anstiftung (sog. Kettenanstiftung; vgl. § 48 Anm. 24) oder zur Beihilfe, ebenso aber auch Beihilfe zur Anstiftung oder Beihilfe (vgl. § 49 Anm. 24) möglich. Vgl. auch § 49 Anm. 12. 81a

2. Die Haupttat braucht dagegen **nicht schuldhaft** begangen zu sein. Jeder an der Tat Beteiligte wird nach seiner Schuld und ohne Rücksicht auf die Schuld der übrigen Teilnehmer bestraft (§ 50 Abs. 1). Daher – auch das ist im wesentlichen unstreitig – werden Anstiftung und Beihilfe nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Haupttäter nicht zurechnungs- oder schuldfähig war (§ 51 StGB, § 1 JGG; vgl. Maurach AT S. 615, Mezger LK § 48 Anm. 3 d, Tröndle aaO S. 131) oder daß in seiner Person Entschuldigungsgründe vorgelegen haben, sofern nicht in der Person des Teilnehmers selbst Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe gegeben sind (Bockelmann aaO S. 59, Dahm NJW 1949 S. 809, Mezger LK § 50 Anm. 6 c; and. Peters, Die Abtreibung in der Schau des Juristen, S. 56, Rudolphi ZStW 78, 95 ff.; vgl. noch Maurach AT S. 612). Bei Nötigung gemäß § 52 liegt jedoch beim Nötigenden regelmäßig Täterwille und Tatherrschaft vor, so daß mittelbare Täterschaft anzunehmen ist (RGSt. **64** 32, Kohlrausch-Lange Vorbem. I B 2 b vor § 47). 82

3. Bestritten ist dagegen, ob und in welchem Umfange die Teilnahme vom **Vorsatz des Haupttäters** abhängt. Eine vorsätzliche Haupttat verlangen z. B. BGHSt. **9** 370, OLG Köln NJW **1962**, 686 m. Anm. Bindokat und Anm. Dreher MDR 1962, 593, Bockelmann aaO, Börker aaO, Gallas Mat. I S. 121 ff., Heinitz aaO S. 93 ff., Maurach AT S. 571, 614, Oehler aaO S. 281, Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache (1957) S. 15, Welzel S. 108. And. dagegen BGHSt. **4** 355, **5** 47, BGH **4** StR 492/54 bei Herlan GA **1955** S. 363, OLG Hamm JMBlNRW **1951**, 220 (vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässiger Transportgefährdung), Dahm NJW 1949 S. 810, MDR 1959 S. 508, Engisch Eb.-Schmidt-Festschr. (1961) S. 109, Franzheim aaO, Kohlrausch-Lange Bem. 83

III A 4 vor § 47 (nur natürlicher Vorsatz), Lange JZ 1959 S. 560, Mezger LK § 48 Anm. 2b, § 50 Anm. 5d, JZ 1954 S. 312, Sax MDR 1954 S. 69, ZStW 69 S. 429ff., Roeder ZStW 69 S. 223.

84 a) Zieht man mit der finalen Handlungslehre den Vorsatz aus dem Schuldbereich in die Handlung hinein, so wird er damit Bestandtteil der Unrechtsvoraussetzungen. Daraus ergibt sich scheinbar mit Notwendigkeit, daß echte Teilnahme mangels einer widerrechtlichen Haupttat dort nicht möglich ist, wo die Haupttat ohne Vorsatz ausgeführt worden ist (Maurach AT S. 571, 614f, Welzel S. 108f). Ist sie es nicht, glaubt aber der Teilnehmer, einen vorsätzlich Handelnden anzustiften oder zu unterstützen, so liegt nach der hier vertretenen Ansicht Anstiftung oder Beihilfe vor, während Welzel S. 119 nur § 49a bzw. straflose versuchte Beihilfe annimmt. Diese Argumentation überzeugt jedoch deswegen nicht, weil auch nach Ansicht der Anhänger dieser Meinung die fahrlässige, also nicht-vorsätzliche, Handlung widerrechtlich ist, so daß bei Teilnahme an einer fahrlässigen Tat jedenfalls nicht bestritten werden kann, daß es sich um Teilnahme an einer rechtswidrigen Handlung handelt. Daher kann mit diesem Argument nicht bewiesen werden, daß Teilnahme an nicht vorsätzlichen Taten nicht möglich ist (and. Heinitz aaO S. 102).

85 b) Aber auch unabhängig von der finalen Handlungslehre wird die Meinung vertreten, daß Anstiftung und Beihilfe aus Gründen ihrer eigenen Struktur, „aus der Logik der Sache", eine vorsätzlich begangene Haupttat voraussetzen (z. B. BGHSt. 9 370, Baumann AT S. 550ff., JuS 1963 S. 132, der aber im Ergebnis zustimmt, Bockelmann aaO S. 15ff., 46, GA 1954 S. 205, Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache [1957] S. 15f., Tröndle aaO S. 136; vgl. auch Welzel JZ 1954 S. 429). Die Behauptung, es gehöre zum Charakter der Teilnahme, daß sie nur in bezug auf vorsätzliche Handlungen möglich sei (BGHSt. 9 379, Bockelmann aaO S. 15ff., 46), sowie die These, das Gesetz habe gerade diesen Begriff der Teilnahme seiner Regelung zugrunde gelegt, sind nicht bewiesen. Es trifft nicht zu, daß bei Bejahung der Möglichkeit der Teilnahme an unvorsätzlichen Taten die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme überhaupt und die von Anstiftung und Beihilfe im besonderen unmöglich sei. Täterschaft und Teilnahme sind nach der Willensrichtung des Handelnden zu unterscheiden, ein animus socii kann auch ohne Existenz eines animus auctoris bestehen, sofern nur der Teilnehmerwille ihn voraussetzt und sich ihm unterordnet. Anstiftung und Beihilfe sind subjektiv nach der Vorstellung des Veranlassenden abzugrenzen. Gegen Bockelmann auch Engisch, Die Idee der Konkretisierung (1953) S. 120, Kohlrausch-Lange Vorbem. III A 4 vor § 47. Ebenfalls wurde in der Großen Strafrechtskommission überwiegend die Ansicht vertreten (vgl. ZStW 67 S. 451), daß wegen Teilnahme auch zu bestrafen sei, wer nur irrig annehme, der Haupttäter handle vorsätzlich, daß jedenfalls die Strafbarkeit auf diese Fälle ausgedehnt werden müsse; im Ergebnis ebenso Roxin aaO S. 261 ff. mit Ausnahme der eigenhändigen Delikte (aaO S. 420 ff.). Demgegenüber wendet BGHSt. 9 382 ein, schon mit Rücksicht auf die Beseitigung der Strafbarkeit der versuchten Beihilfe nach § 49a sei ausgeschlossen, daß das geltende Recht eine solche Auffassung zulasse (ebenso Börker aaO S. 167, Heinitz aaO S. 107). Diese Ansicht vermag bereits deswegen nicht zu überzeugen, weil hier kein Fall versuchter Teilnahme, wie allerdings verschiedentlich zu Unrecht angenommen wird (vgl. oben 84), sondern ein Fall vollendeter Teilnahme in Frage steht.

86 Allerdings ist den Kritikern zuzugeben, daß die limitierte Akzessorietät als solche eine verunglückte Figur ist, die per Saldo mehr Schaden als Nutzen gestiftet hat (vgl. Bockelmann Beiträge S. 62, Maurach AT S. 540, 612). Das gilt nicht nur für Fälle des Vorsatzmangels beim Vordermann, sondern ebenso für Fälle sonstigen Ausschlusses der Verantwortlichkeit. Auch für diese paßt die Figur des mittelbaren Täters wesentlich

besser als die einer abhängigen Teilnahme an einer Tat, deren Verantwortung letztlich nicht der Vordermann, sondern der Hintermann hat. Die Tatsache, daß trotz Limitierung der Akzessorität und entgegen den Erwartungen der Väter dieser Konstruktion der Bereich der mittelbaren Täterschaft nicht wesentlich eingeschränkt worden ist (vgl. unten 92), beweist bereits, daß hier ein Schlag ins Wasser vollführt worden ist, und zwar mit geschlossenen Augen (vgl. Oehler aaO S. 255). Andererseits ist nicht zu verkennen, daß dem Gesetzgeber eine bestimmte Tendenz vorgeschwebt hat, als er von der strengen zur limitierten Akzessorietät überging; insbesondere hatte er die Absicht, die Irrtumsfälle zu bereinigen. Das ist auch möglich, wenn man der Auffassung beitritt, daß durch die Limitierung der Akzessorietät eine gewisse inhaltliche Veränderung der Begriffe „Anstiftung" und „Beihilfe" eingetreten ist. Vgl. unten 93 ff. Wieder and. Oehler aaO S. 272, nach dem zwar Vorsatz nicht erforderlich sein, aber Fahrlässigkeit nicht ausreichen soll. Vgl. auch Roxin aaO S. 364, der dem Grundsatz der limitierten Akzessorität bei der Abgrenzung von Teilnahme und Täterschaft bei den Sonderdelikten entscheidende Bedeutung zuerkennt.

c) Aus diesem Grunde ist **folgender Standpunkt** einzunehmen: Anstiftung und Bei- 87
hilfe sind auch dort möglich, wo der Vordermann ohne Vorsatz handelt, setzen also objektiv nicht mehr voraus, als daß der Vordermann die Unrechtsvoraussetzungen eines Tatbestandes erfüllt. Ohne Bedeutung ist, ob er fahrlässig oder überhaupt schuldlos handelt. Die Kennzeichnung des Problems als Teilnahme an fahrlässiger Tat trifft nicht den Kern der Sache. Bei Fahrlässigkeit ist dann nicht etwa wegen Anstiftung zur Fahrlässigkeitstat (z. B. §§ 48/222) zu bestrafen. Das wäre in der Tat „aberwitzig" (Bockelmann GA 1954 S. 200, Tröndle aaO S. 144), da dann der Anstifter besser wegkäme als bei schuldloser Handlung des Vordermannes. Für Beihilfe zu Fahrlässigkeitstaten aber in gewissem Umfang Gallas Beiträge S. 24. Vgl. auch öst. OGH ÖJZ 1965, 444. Neuestens weist Schmidhäuser (Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz, 1968, S. 33 ff.) einen anderen Weg zum gleichen Ergebnis: indem er das Willenselement aus dem Vorsatzbegriff ausgliedert und dem Unrechtstatbestand zuweist, ergibt sich für ihn die Möglichkeit einer Teilnahme an unvorsätzlichen Taten.

Ob das freilich noch echte „Teilnahme" ist, kann bezweifelt werden; aber diese Lö- 88
sung stellt jedenfalls den einzigen Weg einer sinnvollen Erklärung der limitierten Akzessorietät dar. Diese Lösung wird auch – unbestrittenermaßen – bereits immer da praktiziert, wo für den Hintermann die Möglichkeit täterschaftlicher Begehung deswegen nicht in Betracht kommt, weil ihm die für die Täterschaft erforderliche Sondereigenschaft fehlt. Hier kann der Tatbeteiligte „trotz Tatherrschaft und Täterwillens" nicht tauglicher Täter sein (vgl. BGHSt **13** 331, Dahm MDR 1959 S. 509) und wird daher als Teilnehmer behandelt.

Den klassischen Beweis für die Richtigkeit des hier eingenommenen Standpunkts 89
liefert der in JZ 1959 S. 579 veröffentlichte Fall des OLG Stuttgart: A spiegelt dem Fahrer B eines unfallbeteiligten Kraftfahrzeugs vor, der andere Beteiligte habe auf Feststellungen über den Unfallhergang verzichtet; B fährt daraufhin davon. B fehlt hier der Vorsatz des § 142; er will sich nicht „durch Flucht" Feststellungen entziehen. A fehlt für die mittelbare Täterschaft die Täterqualität; er kommt als Unfallbeteiligter nicht in Frage. A müßte daher freigesprochen werden, wenn man der h. M. folgen wollte, ein Ergebnis, das BGHSt. 9 370 ausdrücklich in Kauf nehmen will und das das OLG Stuttgart nur durch eine fragwürdige Interpretation des § 142 umgeht. Weitgehend i. S. des Textes Dahm MDR 1959 S. 508, Engisch aaO S. 90, Lange JZ 1959 S. 560, Lang-Hinrichsen, Gutachten für den 43. DJT (1960) Bd. I 3 S. 21 ff.

Von diesen Fällen abgesehen spielt freilich die Frage keine große Rolle. Denn da Teil- 90
nahme nur bei animus socii möglich ist und der Hintermann, der das Fehlen des Vorsatzes

kennt, mit animus auctoris handelt, ist hier aus diesem Grunde Teilnahme regelmäßig ausgeschlossen. Vgl. unten 93 ff.

91 **4.** Für die Fälle des **Verbotsirrtums** beim **Vordermann** gilt nichts Besonderes. Kennt der Hintermann den Verbotsirrtum und benutzt er den gutgläubigen Vordermann als sein Werkzeug, so liegt mittelbare Täterschaft vor, andernfalls, d. h. wenn der Hintermann das Fehlen des Unrechtsbewußtseins nicht kennt, kommt Teilnahme in Betracht. Erteilt z. B. ein Vorgesetzter einen widerrechtlichen Befehl, den der Untergebene – wie der Vorgesetzte weiß – für rechtmäßig hält, so ist er mittelbarer Täter der Befehlsausführung. Die Anhänger der sog. Schuldtheorie sind auch hier gezwungen, eine Unterscheidung zu treffen. Mangelnder Vorsatz beim Vordermann soll stets zu mittelbarer Täterschaft bzw. nur versuchter Teilnahme führen, fehlendes Unrechtsbewußtsein dagegen die Möglichkeit einer Anstiftung oder Beihilfe offenlassen (Heinitz aaO S. 105, Maurach AT S. 615; vgl. auch Welzel JZ 1953 S. 763), wenn die mangeln de Verbotskenntnis die Schuld des Täters nur mindert (Bockelmann aaO S. 54) oder der Teilnehmer irrig Verbotskenntnis beim Haupttäter annimmt (Tröndle aaO S. 144; and. Bockelmann aaO S. 52, nach dem bei schuldausschließendem Verbotsirrtum nur versuchte Teilnahme vorliegen soll). Widerspruchsvoll jedoch jene Autoren, die auch bei schuldminderndem Verbotsirrtum stets mittelbare Täterschaft annehmen, obwohl die Tatsache, daß der in vermeidbarem Verbotsirrtum Handelnde als Täter bestraft wird, dessen Tatherrschaft voraussetzt. Diese Gesichtspunkte, die für den Täter eine gewisse Berechtigung besitzen, verlieren jedoch als Unterscheidungsmerkmal für den Hintermann jeden Sinn. Der im Verbotsirrtum handelnde Vordermann ist ebenso Werkzeug wie beim Tatbestandsirrtum. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob dem Ausführenden die Verbotskenntnis schuldhaft oder nicht schuldhaft fehlt; wer hier Unterscheidungen macht, verstößt gegen den klaren Sinn des § 50 Abs. 1.

92 **5.** Mit diesen Voraussetzungen ist der mögliche Wirkungsbereich der Anstiftung und Beihilfe umrissen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß in den erwähnten Fällen stets echte Teilnahme vorliegen müßte. Vielmehr ist **außerdem** erforderlich, daß der Teilnehmer mit dem Willen zur Beteiligung an fremder Tat handelt, also mit dem Bewußtsein, eine fremde Tat zu veranlassen oder zu unterstützen, für die der andere die Verantwortung trägt und deren letzte Entscheidungen beim Täter liegen. Der Teilnehmer muß daher **Teilnehmerwillen** haben. Dieser fehlt, wenn der Hintermann weiß, daß in der Person des Ausführenden Vorsatz- oder Schuldvoraussetzungen fehlen (Gallas Mat. I S. 134, Bockelmann Beiträge S. 63; and. Maurach AT S. 573). Entgegen der Absicht des Gesetzgebers der VO vom 29. 5. 1943 ist daher in allen diesen Fällen der Anwendungsbereich der mittelbaren Täterschaft in der Regel nicht eingeengt, sondern bei Kenntnis des Hintermannes vom Vorsatz- oder Schuldmangel des Ausführenden liegt weiterhin mittelbare Täterschaft vor. Nur in den seltenen Fällen, in denen diese Tatsachen dem Hintermann unbekannt sind, er also mit einem vollverantwortlich handelnden Täter rechnet, kann er den Teilnehmerwillen haben. Für diese Fälle aber besteht die Bedeutung der Begrenzung der Akzessorietät darin, daß die Möglichkeit der Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe eröffnet worden ist, die früher fehlte. Vgl. unten 93 ff.

93 **6.** Aus diesen Grundsätzen läßt sich die Entscheidung der viel diskutierten **Irrtumsfälle** mit Notwendigkeit ableiten.

94 a) Handelt der **Vordermann voll verantwortlich,** weiß der Hintermann das jedoch nicht, sondern nimmt er irrtümlich an, Vorsatz oder Schuldfähigkeit fehle beim Aus-

führenden, so hat er den Täterwillen und wird wegen mittelbarer Täterschaft bestraft (Baumann JZ 1958, 233; and. Gallas Mat. I S. 139, Mezger LK § 48 Anm. 3d, Roxin aaO S. 271 ff., die Anstiftung annehmen). Mittäterschaft entfällt mangels Zusammenwirkens als „Täter". Kennt dagegen der Hintermann die volle Verantwortlichkeit des Vordermannes und hat er den animus auctoris, so liegt Mittäterschaft nach § 47 vor (and. Kohlrausch-Lange Vorbem. I B 2f vor § 47, der unter Hinweis auf RGSt. 74 84 auch hier mittelbare Täterschaft annimmt. Das wäre nur richtig, wenn mit dem RG Beihilfe des unmittelbar voll tatbestandsmäßig Handelnden anzuerkennen wäre). Hat er den animus socii, so ist er nach den §§ 48, 49 zu bestrafen.

b) Handelt der **Vordermann nicht schuldhaft,** glaubt aber der Hintermann, dies sei **95** der Fall, so hängt die Entscheidung davon ab, ob letzterer mit Teilnehmer- oder Täterwillen gehandelt hat. Hatte er Teilnehmerwillen, so liegt Anstiftung oder Beihilfe vor, wobei die §§ 48, 49 zugleich die Funktion eines fehlenden Tatbestandes der Urheberschaft zu übernehmen haben. So auch die Große Strafrechtskommission de lege ferenda (vgl. ZStW 67 S. 451), Baumann AT S. 553, Dahm NJW 1949 S. 810, Roxin aaO S. 264 ff. [and. jedoch für eigenhändige Delikte S. 420 ff.], Sax MDR 1954 S. 69, Schwarz-Dreher Anm. 3 B vor § 47. Wie hier im Ergebnis (Bestrafung wie ein Anstifter) Gallas Mat. I S. 139, Roxin aaO S. 261 ff., 335 ff. Demgegenüber nehmen Bockelmann aaO S. 20, GA 1954 S. 200, Heinitz aaO S. 106, Maurach AT S. 533, 573, Schroeder ROW 1964, 104, Tröndle aaO S. 143, Welzel S. 119 nur versuchte Teilnahme an, obwohl § 49a nur bei Verbrechen eingreift, bei Vergehen daher Straflosigkeit die Folge ist, und obwohl im Falle eines Tötungsdelikts das Opfer tot ist und der Hintermann mit Tötungsvorsatz den Vordermann zu der Handlung veranlaßt hat. Die Verweisung auf die Möglichkeit, wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen (vgl. Bockelmann Beiträge S. 63), ist nicht sachgerecht und entspricht nicht der Intensität des Tatbeitrages. Hat dagegen der Hintermann Täterwillen, so würde er bei schuldhaftem Handeln des Vordermannes wegen Mittäterschaft haften. Diese ist jedoch wegen fehlenden Verschuldens beim Vordermann mißlungen (vgl. § 47 Anm. 16 ff.), so daß dann Täterschaft in der Form der mittelbaren Täterschaft vorliegt. Kohlrausch-Lange Vorbem. I B 2a vor § 47 nehmen mittelbare Täterschaft ohne Rücksicht darauf an, ob der Hintermann die mangelnde Verantwortlichkeit kennt.

c) Sonderfragen entstehen in den Fällen, in denen eine der beiden Möglichkeiten **96** objektiv ausgeschlossen ist, so z. B., wenn der Hintermann bei einem echten Beamtendelikt den Vordermann für einen Beamten hält, während dies in Wahrheit nicht der Fall ist, so daß Teilnahme entfällt. Darüber vgl. näher unten **114 ff.**

7. Die **Auswirkungen der Akzessorietät** zeigen sich außer in der Notwendigkeit einer **97** mit Strafe bedrohten Handlung als Haupttat noch in folgendem:

a) Anstifter und Gehilfen **haften** für die Haupttat und **nur im Umfang der Haupttat.** **98** Bleibt diese im Stadium des (strafbaren) Versuches stecken, so liegt lediglich Anstiftung oder Beihilfe zum Versuch vor. Geht der Täter über die Grenzen hinaus, die der Teilnehmer eingehalten wissen wollte (sog. **Exzeß**), so haftet der Teilnehmer insoweit nicht wegen einer Vorsatztat. Begeht z. B. der zum Diebstahl Angestiftete einen Raub, so ist der Anstifter nur wegen Anstiftung zum Diebstahl zu bestrafen, wenn er die Möglichkeit der Gewaltanwendung bei der Wegnahme nicht in Rechnung gezogen und gebilligt hat (RGSt. 67 343). Unwesentliche Abweichungen des Haupttäters vom selbst ausgesprochenen Willen und Plan des Anstifters fallen dagegen nicht ins Gewicht (RGSt. 70 295). Der Charakter der Tat und der Anstiftung werden dann durch das tatsächliche Geschehen bestimmt; z. B. liegt Anstiftung zu § 243 Nr. 3 vor, auch wenn der Anstifter den Vorsatz des § 243 Nr. 2 hatte. Unternimmt es z. B. jemand, einen Zeugen zum eidlichen Ableugnen

einer ihm bekannten Tatsache zu bestimmen, und beschwört der Zeuge daraufhin entgegen der Absicht des Anstifters nur, daß er über die Tatsache nichts wisse, so hat die Anstiftung gleichwohl einen vom Vorsatz des Anstifters umfaßten Erfolg (BGH LM **Nr. 37** zu § 154). Unwesentlich ist auch ein error in objecto des Täters (Fall Rose-Rosahl; Pr. Obertribunal GA **7** 332). Richtet dieser infolge Irrtums die Tat gegen den Anstifter (B, der X verprügeln soll, fällt in der Dunkelheit über den Anstifter A her), so ist letzterer wegen Anstiftung zur vollendeten Tat (nicht nur zum Versuch) zu bestrafen (vgl. BGHSt. **11** 268 m. Anm. Schröder JR 1958 S. 427). Begeht dagegen der Täter eine Tat, die ein völliges aliud ist (Notzucht statt Raub), so liegt nur versuchte Teilnahme vor. Vgl. noch § 49 Anm. 15 ff.

99 b) Die für Anstifter und Gehilfen geltende **Strafdrohung** ist die gleiche, die **für** den **Haupttäter** Anwendung findet, wobei nur für die Beihilfe die Möglichkeit einer Reduzierung der Strafe im Rahmen des § 44 besteht. Bestimmen jedoch persönliche Umstände und Verhältnisse den Umfang der Strafe oder wird aus diesen Gründen die Strafbarkeit ausgeschlossen, so soll das den Teilnehmern weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereichen. Deshalb bestimmt § 50 Abs. 3, daß solche Umstände nur bei dem Beteiligten zu berücksichtigen sind, bei dem sie vorliegen; bei strafbegründenden persönlichen Merkmalen, die nur beim Haupttäter, nicht aber beim Teilnehmer vorliegen, ist die Strafe des Teilnehmers nach Versuchsgrundsätzen zu mildern (§ 50 Abs. 2). Vgl. § 50 mit Anm.

100 **8.** Streitig und zweifelhaft ist, welches der **Strafgrund** und damit das **Wesen der Teilnahme** ist. Diese Frage hat erhebliche praktische Bedeutung, z. B. für die Auslegung des § 50 (vgl. dort Anm. 1 ff.) oder für die Frage der Strafbarkeit der Teilnahme an einer Begünstigung durch den Begünstigten (vgl. § 257 Anm. 44). Im Anschluß an ältere Auffassungen sieht die Schuldteilnahmetheorie den Strafgrund der Teilnahme darin, daß der Teilnehmer das Schuldigwerden des Täters zu verantworten oder (als Gehilfe) mitzuverantworten habe. „Mag der Angriff des Anstifters auf das Rechtsgut nicht so intensiv sein, daß man sagen könnte, er hat den Mord gemacht, so hat er doch jedenfalls den Mörder gemacht" (H. Mayer S. 334; vgl. auch H. Mayer AT S. 319, Rittler-Festschrift S. 254, Less ZStW 69 S. 43). Auch Kohlrausch aaO und Maurach aaO S. 61 (einschränkend aber AT S. 577) neigen zu dieser Auffassung. Überwiegend wird diese Lehre aber abgelehnt. Zutreffend heißt es bereits in RGSt. **15** 316: „Wenn das StGB den Anstifter und den Gehilfen straft, so geschieht dies nicht etwa deshalb, weil dieselben Schuld oder Mitschuld daran tragen, daß ein anderer sich strafbar macht und verurteilt wird, sondern weil sie dazu mitwirken, daß eine der gefährlichen Handlungen, welche als solche im Teil II des StGB mit Strafe bedroht sind, verübt werde." Gegen diese Lehre vor allem LG Essen GA 1958 S. 321, Heinitz aaO S. 101, Lange, Notwendige Teilnahme S. 37, Kohlrausch-Lange Bem. II 2 vor § 47, Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 206 ff., weiter BGHSt. **4** 358, Olshausen Bem. 24 vor § 47, Welzel S. 110., ZStW 61 S. 210. § 50 n. F. bildet heute ein entscheidendes Argument gegen die Schuldteilnahmetheorie. Der Strafgrund der Teilnahme liegt in der Mitverursachung des Erfolges (Baumann AT S. 548, 564, v. Hippel II S. 449) und im verbrecherischen Willen, der in dieser Mitverursachung zum Ausdruck kommt. Die Teilnahmeformen differenzieren nach der Intensität der Rechtsgutsverletzung (vgl. BGHSt. **1** 242, 305, **6** 311, Kohlrausch-Lange Vorbem. II 2 vor § 47). Vgl. noch BGHSt. **9** 379. Zum Strafgrund der Teilnahme vgl. auch Lüderssen aaO.

101 **9.** Das Gesetz bedroht nur die **vorsätzliche Teilnahme** mit Strafe; fahrlässige Teilnahme ist als solche nicht strafbar. Ob sie denkmöglich ist, ist umstritten; vgl. Roxin aaO S. 569 ff., Seebald GA 1964 S. 161. Wer aber fahrlässig eine Ursache für einen verbotenen Erfolg setzt, kann regelmäßig wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden,

§§ 84 Abs. 5, 129 Abs. 6). Rechtzeitigkeit kann auch noch gegeben sein, wenn die Tat schon in das Versuchsstadium getreten ist (vgl. § 138 Anm. 5).

17 **4.** Die Anzeige hat auch dann strafbefreiende Wirkung, wenn sie bei der Behörde erst eingeht, nachdem diese bereits von dritter Seite von der geplanten Straftat Kenntnis erhalten hatte. Wußte der Anzeigende aber, daß die Behörde schon Kenntnis hatte, so kann er sich nicht durch eine spätere Anzeige noch Straffreiheit verschaffen.

18 **5.** Die tätige Reue bewirkt stets nur, daß keine Bestrafung nach § 49b eintritt; das Gesetz sagt, daß nur nach diesen Vorschriften (d. h. § 49b Abs. 1 und 2) nicht bestraft wird (Abs. 3). Hat sich der Teilnehmende oder Unterstützende an einer dem Ziele der Verbindung dienenden Straftat als Täter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt, so befreit die Anzeige ihn nicht von der Strafe, die er wegen dieser Straftat verwirkt hat.

19 **6.** Streitig war, ob auch die tatsächliche Verhinderung der beabsichtigten Tat strafbefreiend wirkt. Heute ist § 139 Abs. 4 analog anzuwenden.

20 **VII.** Was das **Verhältnis** der Bestimmung **zu anderen Straftaten** angeht, so entfällt eine Bestrafung aus § 49b für die Teilnehmer oder Unterstützenden, die das geplante Verbrechen wenigstens strafbar versucht haben, sofern dadurch der Zweck der Verbindung erledigt ist (RGSt. 59 377, RG JW 1933 S. 2337 und h. M. im Schrifttum; and. Schäfer-Dohnanyi S. 4, 13). Ist dies nicht der Fall, dann kann je nach den Umständen Ideal- oder Realkonkurrenz vorliegen. Tritt der Teilnehmer vom Versuch der Tötung nach § 46 zurück, so kann er dennoch nach § 49 b strafbar bleiben (RG JW 1933 S. 2337 mit Anm. Wegener), sofern die Verbindung mehrere Tötungsverbrechen bezweckt. Im übrigen sind die Rücktrittsvoraussetzungen des Abs. 3 denen der §§ 46, 49a anzugleichen (vgl. § 49a Anm. 26a, 48ff.).

21 Im Verhältnis zu § 49a besteht Gesetzeskonkurrenz; § 49a geht als Verbrechen dem Vergehen des § 49b vor.

§ 50 [Einstehen für eigene Schuld]

(1) Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

(3) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Vorbem. In der Fassung des Gesetzes vom 24. 5. 1968, BGBl. I 503.

Schrifttum: Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949. – Börker, Zur Bedeutung besonderer persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse bei der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen, JR 1956, 286. – Class, Zum Verhältnis des § 211 zum § 50 StGB, NJW 1949, 83. – Hardwig, § 50 StGB und die Bereinigung des StGB, GA 1954 S. 65. – Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933. – Kohlrausch, Täterschuld und Teilnehmerschuld, in: Erwin Bumke zum 65. Geburtstage, 1939, S. 39 (50). – Lange, Die notwendige Teilnahme, 1940, S. 52. – Lange, Die Schuld des Teilnehmers, JR 1949 S. 165. – Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948. – Niethammer, Sinn und Wirkung des § 50 StGB, DRZ 1946 S. 167. – Eb. Schmidt, Zum Verhältnis der §§ 211 ff. zum § 50 StGB, DRZ 1949, 272. – Zur Geschichte der Vorschrift vgl. Redslob, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, 1909 (StrafrAbh. Heft 97). Vgl. ferner das Schrifttum vor § 47.

1 **I.** Die Vorschrift enthält zwei Grundsätze, durch die das Prinzip der **Akzessorietät** bestimmt bzw. modifiziert wird. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich daher auf die **Teilnahmeformen**, die akzessorisch sind, also Anstiftung und Beihilfe. Für die Mittäter-

schaft ergeben sich analoge Ergebnisse schon unmittelbar aus § 47: Da jeder Mittäter als Täter zur Verantwortung gezogen wird und ihm lediglich die Handlung der anderen Beteiligten zugerechnet wird, sind alle Deliktsvoraussetzungen, auch solche persönlicher Art, bei jedem Beteiligten selbständig zu prüfen (vgl. § 47 Anm. 9 ff.).

§ 50 Abs. 1 bestätigt die sich auch aus §§ 48, 49 ergebende **limitierte Akzessorietät,** 2 während Abs. 2 und 3 das Akzessorietätsprinzip auch für die Fälle lockert, in denen persönliche Merkmale bei Tätern und Teilnehmern die Strafbarkeit begründen, modifizieren oder ausschließen.

Während § 50 a. F. diese Lockerung lediglich für strafmodifizierende und strafausschließende Umstände anordnete, hat die n. F. auch die strafbegründenden Merkmale einbezogen und die Strafe des Teilnehmers, der die in der Person des Täters gegebenen strafbegründenden Merkmale seinerseits nicht aufweist, obligatorisch herabgesetzt (vgl. unten 12). 3

Das **Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 3** ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, § 50 regle Schuldfragen, Abs. 1 bilde die Grundregel, Abs. 3 führe die Abgrenzung zum Unrecht näher aus (z. B. OGHSt. 1 328, Baumann AT S. 573 f, Lange JZ 1949, 1965, v. Weber MDR 1952, 265, wohl auch BGHSt. 8 209). Demgegenüber sollen nach anderer Ansicht beide Absätze voneinander unabhängig sein (Gallas Beiträge S. 31, Maurach AT S. 604, Mezger LK Anm. 1, Welzel S. 117); Abs. 3 betreffe die Frage, welcher Tatbestand auf die Beteiligten anzuwenden sei, wenn persönliche Unrechtsfaktoren die Strafe verändern, während Abs. 1 keine Tatbestands-, sondern nur die Schuldfrage regle. Beide Ansichten sind zu eng. Die erste, weil persönliche Merkmale nicht nur die Schuld, sondern auch das (personale) Unrecht modifizieren könne (Schröder NJW 1952, 650). So begründet die Gewerbsmäßigkeit nicht nur größere Schuld, sondern auch erhöhtes Unrecht (vgl. Hardwig GA 1954, 74). Die zweite Ansicht übersieht, daß der Tatbestand auch objektivierte Schuldelemente enthalten kann, wie etwa § 217, § 218 Abs. 1 (vgl. Gallas ZStW 67, 30, Schröder NJW 1952, 650, v. Weber MDR 1952, 266); eine Betrachtung beider Absätze „in zwei Stockwerken" ist daher nicht möglich, beide überschneiden sich vielmehr und durchdringen sich gegenseitig (Gallas Beiträge S. 32 f.). 4

II. Abs. 1 enthält zunächst den Grundsatz, daß die Straftat jedes Beteiligten von der Schuld anderer Beteiligter unabhängig ist. Er bestätigt also einmal die limitierte Akzessorietät, die sich schon aus §§ 48, 49 ergibt. Darüber hinaus sollen aber auch Schuldstufen und -variationen beim einen Beteiligten für die anderen unbeachtlich sein (zu eng daher Welzel S. 117, der Abs. 1 nur für die erste Folgerung in Anspruch nimmt). 5

Abs. 2 und 3 durchbrechen dagegen das Prinzip der Akzessorietät, nach der für Teilnehmer die gleichen Strafsätze gelten wie für Täter. Sind Tatbestand und Strafen auf besondere persönliche Merkmale zugeschnitten, so sollen sie nur auf den Anwendung finden, der diese Merkmale selbst aufweist. 6

Abs. 2 und 3 gelten daher unmittelbar nur für solche Modifikationen, die tatbestandlich abschließend geregelt sind. Denn nur bei ihnen gilt das Prinzip der Akzessorietät (§ 50: „Bestimmt das Gesetz ..."). Die gleichen Grundsätze müssen aber (vgl. unten 6a) auch für die Strafzumessung gelten, für die die gleichen Fragen gegenseitiger Zurechnung auftauchen. Nimmt nämlich der Gesetzgeber zu strafmodifizierenden Umständen nicht selbst Stellung, sondern überläßt es dem Richter, die Unwertstufen der Tat im Einzelfall zu bestimmen, so ist ebenfalls zu entscheiden, inwieweit das Gewicht der Tat bei der Strafzumessung auch den übrigen Beteiligten zuzurechnen ist. Die Grundsätze für diese Entscheidung sind § 50 zu entnehmen. Tatbezogene Unrechtsmodifizierungen sind bei allen Beteiligten zu berücksichtigen, soweit sie diese gekannt haben. Benutzt z. B. der Haupttäter ein besonders gefährliches Mittel zur Tat, so trifft dieses erhöhte Unrecht auch den Gehilfen, der die Tat in Kenntnis dieses Umstandes unterstützt. Erhöht sich die Strafe des Täters aus Gründen erhöhter Schuld, so sind die diese Schuld begründenden Umstände nur bei dem Beteiligten in Ansatz zu bringen, bei dem sie vorliegen. 6a

III. Aus **Abs. 1** ergibt sich folgendes: Jeder an einer Straftat Beteiligte ist nach seiner **Schuld** zu bestrafen. Unter Schuld (vgl. Vorbem. 78 ff. vor § 51) sind alle seelischen Voraussetzungen zu verstehen, die dazu führen, dem Täter aus seiner Tat einen Vorwurf zu 7

machen oder den Vorwurf zu modifizieren (Lange JR 1949, 166). Zu eng wäre es, unter Schuld hier nur die beiden Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit zu verstehen (vgl. aber OLG Braunschweig MDR 1948, 183). Abweichend will Maurach AT S. 615 nur die Zurechnungsfähigkeit und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Schuld rechnen.

8 Abs. 1 enthält damit die Grundlage für die **limitierte Akzessorietät,** wonach es für die Bestrafung des Teilnehmers ausreicht, daß er das tatbestandsmäßige und rechtswidrige Verhalten des Haupttäters veranlaßt oder fördert; darauf, ob dieser schuldhaft gehandelt hat, kommt es nicht an (vgl. Vorbem. 83 ff. vor § 47). Das bedeutet folgendes:

9 **1.** Die **Haupttat** muß **tatbestandsmäßig und rechtswidrig** sein. Jedoch kann die Schuld des Täters (§§ 51, 55 StGB, § 1 JGG) fehlen; dasselbe gilt, wenn Entschuldigungsgründe seine Schuld ausschließen. Bestritten ist lediglich, ob dies auch für den Vorsatz des Haupttäters gilt. Entstehungsgeschichte wie kriminalpolitische Aufgabe der limitierten Akzessorietät sprechen dafür, diese Frage zu bejahen. Vgl. eingehend Vorbem. 78 ff. vor § 47.

10 **2.** Da es auf das Verschulden des Täters nicht ankommt, ist es für die Verantwortlichkeit der Teilnehmer auch bedeutungslos, wenn beim ersteren nur verminderte Zurechnungsfähigkeit (§§ 51, 55 Abs. 2) vorliegt. Auch **Schuldmodifizierungen,** die als Tatbestandsmerkmale ausgestaltet sind (z. B. § 218 Abs. 1) bleiben nach Abs. 1 auf den betreffenden Beteiligten beschränkt.

11 **IV.** Für **Abs. 2 und 3** gilt folgendes: Aus der **Akzessorietät** würde an sich folgen, daß die Strafdrohung für den Täter auch für alle Teilnehmer Anwendung findet und damit sämtliche Umstände, die die rechtliche Qualität der Tat in der Person des Täters modifizieren, auf den Teilnehmer zurückwirken. Dieser Grundsatz wird jedoch durch Abs. 2 und 3 **durchbrochen.** Bestimmen persönliche Umstände die Strafbarkeit, Strafhöhe oder Straflosigkeit, so bleibt die Haftung der übrigen Beteiligten davon unberührt. Dies gilt sowohl für Fälle, in denen Schuldgesichtspunkte eine Modifizierung der Strafe veranlassen (§ 217), wie auch dann, wenn dies auf Grund personaler Unrechtselemente geschieht (Schröder NJW 1952, 650). Letzteres ist insbesondere bei den meisten unechten Sonderdelikten der Fall. Zur analogen Anwendung dieser Regeln auf die Strafzumessung vgl. oben 6a. Einen entsprechenden Grundsatz enthält Art. 26 SchweizStGB; siehe Häfliger SchwJZ 1951, 372.

12 **V.** Während nach § 50 Abs. 2 a. F. nur **strafmodifizierende** und **strafausschließende** Umstände bedeutsam waren und demgemäß für strafbegründende (echte Sonderdelikte) der Grundsatz der Akzessorietät galt, hat § 50 Abs. 2 nunmehr auch für **strafbegründende Merkmale** die Akzessorietät gelockert. Dies deswegen, weil es allgemein als unbefriedigend angesehen wurde, daß nach früherem Recht bei echten Sonderdelikten die volle Täterstrafe auch die Teilnehmer, die keine Täterqualität besaßen, erfaßte (§ 48) bzw. erfassen konnte (§ 49). Nunmehr bestimmt Abs. 2, daß die Strafe für Tatbeteiligte, die keine Täterqualität besitzen, nach Versuchsgrundsätzen **gemildert** werden **muß** (vgl. § 44 m. Anm.). Dies bedeutet, daß die Tat weiterhin am Deliktscharakter der Haupttat (Verbrechen) teil hat, obwohl bei den unechten Sonderdelikten regelmäßig auch der Deliktscharakter wechselt. Für die sonstigen persönlichen Merkmale verbleibt es beim bisherigen Rechtszustand (Abs. 3).

13 **1.** Persönliche **Eigenschaften** sind Merkmale eines Menschen, mögen sie körperlicher, geistiger oder rechtlicher Art sein. Die persönlichen Verhältnisse bezeichnen dagegen Beziehungen des Menschen zu seiner Umwelt. Eine scharfe Trennung zwischen beiden ist freilich nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Zu beachten ist, daß Abs. 2 nun-

mehr auch die persönlichen „Umstände" ausdrücklich einbezieht und damit die Streitfrage aus der Welt schafft, ob auch vorübergehende Gesinnungen, Absichten und Motive zu den persönlichen Umständen i. S. des § 50 zu rechnen seien (vgl. dazu die Voraufl. Anm. 15). Inwieweit diese dem § 50 subsumiert werden können, vgl. unten 14 ff. Das Gesetz faßt diese drei Faktoren unter dem Begriff „besondere persönliche Merkmale" zusammen und verwendet diesen z. B. auch in § 50a. Persönliches Merkmal ist z. B. die Verwandtschaft (§ 247) oder das Anvertrautsein einer Sache (§ 246), da die Tat hier wegen der besonderen Vertrauensstellung des Täters qualifiziert ist (RGSt. **72** 328, Kohlrausch-Lange Anm. III 1; vgl. auch BGHSt. **2** 317; and. Maurach AT S. 608, Mezger LK Anm. 11). Entsprechendes gilt für den amtlichen Gewahrsam (RGSt. **75** 289, BGH LM **Nr. 8** zu § 350, Mezger LK Anm. 11).

Auch die Soldateneigenschaft fällt unter § 50. Wo sie strafbegründend wirkt, gilt § 50 Abs. 2. Wirkt sie jedoch nur straferhöhend, so ist § 50 Abs. 3 anzuwenden. Dies gilt nicht, soweit in den §§ 109 ff. Spezialtatbestände für die Beteiligung von Nichtsoldaten geschaffen sind. **13a**

2. Während nach bisherigem Recht strittig war, ob persönliche **Umstände** i. S. des § 50 nur solche seien, die wie Rückfälligkeit, Schwangerschaft (§ 218 Abs. 1) von gewisser Dauer sind oder ob man auch nur vorübergehende Absichten und Motive dazuzuzählen hat, stellt die neue Fassung eine Entscheidung im letzteren Sinne dar. Damit bedarf z. B. die Rspr. zu § 211, die eine Anwendung des § 50 auf den Mord abgelehnt hatte (vgl. § 211 Anm. 27 ff.), einer Änderung. Auch die gewinnsüchtige Absicht der §§ 133 Abs. 2, 169 2. Alt. fällt nunmehr unter § 50 (and. noch RGSt. **62** 267, **63** 35). Vgl. im übrigen zum früheren Recht die Voraufl. Anm. 15. **14**

Absichten und **Motive** reichen jedoch für § 50 nur insoweit aus, als es sich um **täterbezogene** Momente, nicht um tatbezogene Unrechtsmerkmale handelt. Dies ist da der Fall, wo echte Motive (vgl. § 59 Anm. 49, 72) bedeutsam sind, die wie Habgier, Not usw. die individuelle Einstellung des Täters zu seiner Tat bezeichnen. **15**

Dagegen handelt es sich um **tatbezogene** Unrechtsmerkmale, wo das Gesetz unter Absicht nur den auf den Erfolg gerichteten Vorsatz versteht und damit lediglich die subjektive Widerspiegelung eines das Unrecht der Tat modifizierenden Erfolges meint. Wer z. B. den Täter bei einer mittelbaren Falschbeurkundung unterstützt, die dazu dient, einem anderen Schaden zuzufügen, ist daher aus § 272 zu bestrafen, wenn er den Schädigungswillen kennt oder auch nur mit ihm rechnet. Ferner ist aus § 274 und nicht aus § 303 zu bestrafen, wer bei einer Urkundenvernichtung in Kenntnis des Willens, einem anderen Nachteil zuzufügen, Hilfe leistet. Ähnliches gilt z. B. für § 235 Abs. 3 sowie § 225 (Maurach AT S. 572) und §§ 307 Nr. 2, 265. Gemeinsam ist diesen Fällen, daß hier die Absicht einen Angriff des Täters auf weitere Rechtsgüter bezeichnet, die außerhalb des Grundtatbestandes liegen, und daß dieses Mittel-Zweck-Verhältnis nach Akzessorietätsregeln auch den Teilnehmer belastet (vgl. aber auch Oehler, Das objektive Zweckmoment, 1960, S. 150 ff., 181). **16**

Zu beachten ist aber, daß diese Regeln nur dort gelten, wo das Gesetz diese Absichten in eine abschließende Qualifikation eingebaut hat. Dienen sie nur dazu, einen besonders schweren Fall zu exemplifizieren (vgl. z. B. § 298 Abs. 4), so gelten allgemeine Strafzumessungsregeln. Der Richter kann daher für jeden Beteiligten nach den bei ihm vorliegenden Umständen die angemessene Strafe festsetzen. **17**

3. Besondere persönliche Merkmale i. S. des § 50 können entweder die Strafbarkeit begründen, sie modifizieren oder ausschließen. **18**

a) **Strafbegründende Umstände** sind z. B. die Beamteneigenschaft bei echten Amtsdelikten (RGSt. **28** 102, BGHSt. **5** 75), die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, z. B. **19**

bei der dritten Form des § 175 a Nr. 4 (vgl. dort Anm. 16 ff., ebenso Maurach BT S. 415, Welzel S. 421), bei der Kuppelei (§ 180), beim Sachwucher (§ 302 e) und beim gewerbsmäßigen Glücksspiel (§ 285). Der Teilnehmer wird daher aus diesen Bestimmungen auch dann bestraft, wenn er selbst nicht gewerbs- oder gewohnheitsmäßig gehandelt hat (vgl. RGSt. **59** 140; and. Mezger LK § 285 Anm. 13 a). Strafbegründend sind auch die Merkmale des § 3 Abs. 1 Nr. 2 WiStG, da sie die Zuwiderhandlung erst zur Straftat machen (BGHSt. **12** 276, BGH MDR **1953**, 54). Nach der Neufassung des § 50 kann auch kein Zweifel mehr daran sein, daß strafbegründend i. S. des § 50 auch subjektive Absichten und Motive sind, wie z. B. die Gewissenlosigkeit in § 170 c (vgl. Gallas Beiträge S. 39) oder das Vorteilsstreben im § 259. In allen diesen Fällen ist aber gem. § 50 Abs. 2 die Strafe des Teilnehmers, der die strafbegründenden Merkmale nicht besitzt, zu mildern (vgl. oben 12).

20 b) **Strafmodifizierende** Umstände sind z. B. die Rückfälligkeit (RGSt. **54** 274, BGH MDR 1952, 407), die Eigenschaft als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher (RGSt. **68** 391), die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, soweit sie nicht strafbegründend wirkt (RGSt. **25** 266, RG JW 1934, 170, BGHSt. **6** 261), wie z. B. bei der Hehlerei (§ 260), der Wilderei (§ 292 Abs. 3) und der Homosexualität (§ 175 a Nr. 4; vgl. dort Anm. 16 ff.). Bei den unechten Sonderdelikten wirkt die Sondereigenschaft regelmäßig straferhöhend, so z. B. bei den unechten Amtsdelikten wie § 350 (RGSt. **65** 105, **68** 91, **75** 290, BGHSt. **1** 389, BGH LM **Nr. 1** zu § 351, LM **Nr. 12**; and. BGPr. 1956, 274). Strafmildernde Eigenschaften sind z. B. verminderte Zurechnungsfähigkeit und jugendliches Alter, die Not in §§ 248 a, 264 a, die Eigenschaft als Schwangere (§ 218 Abs. 1) oder als uneheliche Mutter (RG HRR 1933 Nr. 1056, BGHSt. **1** 240).

21 c) **Strafausschließend** wirkt z. B. die Ehegatteneigenschaft in § 247 oder die Schuldtilgung beim Rücktritt vom Versuch (§ 46), ferner die Exemption und Indemnität, sofern man sie dem materiellen Recht zurechnet (Vorbem. 19 ff. vor § 3, § 11 Anm. 6). Dagegen gehören die Entschuldigungsgründe nicht zu den persönlichen Umständen des § 50 (and. OLG Hamm HESt. **2** 12, Kohlrausch-Lange Anm. III 3; vgl. auch Mezger LK Anm. 12, Mezger-Blei StuB I S. 271). Für sie gilt aber Abs. 1 (Gallas Beiträge S. 34, Welzel S. 117).

22 **VI.** Straferhöhende und strafmildernde persönliche Eigenschaften und Verhältnisse sind bei der Wahl des Strafrahmens nur bei dem **Täter oder Teilnehmer zu berücksichtigen, bei dem sie vorliegen.** Als Teilnahme i. S. des § 50 gelten auch die Beteiligungsformen des § 49 a (vgl. BGHSt. **6** 309, § 49 a Anm. 30) So wird z. B. bei der Anstiftung zur Amtsunterschlagung der Beamte aus § 350 bestraft, der anstiftende Nichtbeamte dagegen nur aus §§ 246, 48 (RGSt. **55** 182; vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft [2. Aufl. 1967] S. 362 f.). Es macht dabei keinen Unterschied, ob die besonderen persönlichen Verhältnisse nur den Tatbestand verändern oder eine neue selbständige Straftat schaffen, sich aber auf einen Grundtatbestand beziehen (BGHSt. **1** 240, Mezger LK Anm. 10; and. Baumann AT S. 577, Konow NJW 1961 S. 861, Heinitz, Festschrift zum 41. Dt. Juristentag, S. 112, Maurach AT S. 607, Mat. I S. 254); die Eigenschaft eines Delikts als delictum sui generis macht seine Tatbestandsmerkmale nicht zu strafbegründenden. Wer die uneheliche Mutter zur Tötung ihres neugeborenen Kindes anstiftet, wird deshalb nach §§ 212, 48 bestraft, die Mutter dagegen nur nach § 217 (RGSt. **72** 373, **74** 86, OGHSt. **3** 115). Die Grenze ist erst dort zu ziehen, wo eine solche Beziehung auf einen gemeinsamen Grundtatbestand nicht mehr gegeben ist, also eine völlig neue Straftat vorliegt, da hier der strafändernde Umstand in einen strafbegründenden übergeht und damit die oben Anm. 12 wiedergegebenen Grundsätze Anwendung finden (Mezger LK Anm. 10; kritisch dazu Maurach AT S. 607 f.).

VII. Wenn die besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse für die Wahl des Strafrahmens nur bei dem Täter oder Teilnehmer zu berücksichtigen sind, bei dem sie vorliegen, so schließt dies nicht aus, die Verletzung einer besonderen Pflicht durch den Haupttäter bei der **Strafzumessung** für den Teilnehmer strafschärfend zu berücksichtigen, sofern dadurch auch die Tat des Teilnehmers in einem ungünstigen Licht erscheint. Leistet jemand in nichtamtlicher Eigenschaft einem Beamten zu einer Körperverletzung im Amt Beihilfe, dann ist der Nichtbeamte nach § 223 zu bestrafen; es kann aber strafschärfend berücksichtigt werden, daß die Beihilfe zu einer Körperverletzung im Amt geleistet worden ist (RG JW 1938 S. 1583, Lange aaO S. 57/58, Jansen DJ 1944 S. 181, Haefliger SchwJZ 1951 S. 374). Umgekehrt kann ein Ausschluß der Schuld beim Täter für den Teilnehmer strafmildernd wirken. Dies kann z. B. beim Ausschluß der Schuld wegen Vorliegens eines Nötigungsstandes beim Haupttäter für den „Nothilfe" leistenden Teilnehmer gelten. Weitergehend will Niethammer aaO S. 169 in derartigen Fällen auch die Schuld des Teilnehmers ausschließen. 23

§ 50a [Organ- und Vertreterhaftung]

(1) **Handelt jemand**

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft oder

3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,

so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) **Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten**

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder

2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Pflichten zu erfüllen, die den Inhaber des Betriebes treffen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrages, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebes vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrages für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) **Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.**

Vorbem. Eingefügt durch Gesetz vom 24. 5. 1968, BGBl. I 503.

Schrifttum: Blauth, „Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968. – Bruns, Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden? 1931 (Strafr. Abh. H. 295). – ders., Die Organeigenschaft des Täters als Strafhinderungsgrund beim Handeln zugunsten der Körperschaft, DJ 1934, 1589. – ders., Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954, 12. – ders., Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958,461. – Rimmelspacher, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung, JZ 1967, 472. – R. Schmitt, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967, 698. – ders., Nochmals: Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1968, 123.

I. Mangels einer gesetzlichen Regelung war für das bisherige Recht streitig, in welchem Umfang Personen, die als **Vertreter** für andere tätig sind und dabei strafrechtliche Ge- oder Verbote verletzen, **strafbar** sind. Dies ist dann problematisch, wenn persönliche 1

hat, kann das nicht durch bloße Veranlassung oder Unterstützung des Selbstmörders mit Täterwillen geschehen (and. Binding Lehrb. 1 S. 26, v. Liszt-Schmidt [26. Aufl.] S. 333, Engisch [Lit. vor 11] S. 12), sondern mittelbare Täterschaft kann nur dann vorliegen, wenn die Entscheidung des Getöteten selbst mangelhaft war, also bei Geisteskranken, bei Selbsttötung unter Zwang usw. (ebenso Mezger S. 417, Welzel S. 270, Maurach BT S. 18, Kohlrausch-Lange § 211 Anm. V 1; vgl. auch OGHSt. 2 5), u. U. auch bei Motivirrtum (Vorspiegelung unheilbarer Krankheit; vgl. Maurach BT S. 18); vgl. auch Friebe aaO S. 168 f. Nimmt der Täter irrtümlich mangelnde Verantwortlichkeit an, so liegt Versuch vor.

20 Über die Abgrenzung der Beihilfe zum Selbstmord von der Tötung auf Verlangen vgl. § 216 Anm. 17, über Abtreibung durch versuchten Selbstmord § 218 Anm. 4.

21 **4.** Nach schweizerischem Recht ist Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord strafbar, sofern dies aus selbstsüchtigen Beweggründen geschieht (Art. 115). Auch nach österreichischem Recht ist strafbar, wer einen anderen verleitet, sich selbst zu töten, ferner auch, wer einem anderen zum Selbstmord Hilfe leistet (§ 139b StG). Nach Auffassung des anglo-amerikanischen Rechtskreises sind Selbstmord und Selbstmordversuch strafbare Handlungen; vgl. Hafter, A. T. (2. Aufl. 1946) S. 171.

§ 211 [Mord]

(1) Der Mörder wird mit lebenslangem Zuchthaus bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebs, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

Vorbem. Neugefaßt durch Gesetz vom 4. 9. 1941, RGBl. I S. 549 und Gesetz vom 4. 8. 1953, BGBl. I S. 735.

Schrifttum: Bjerre, Zur Psychologie des Mordes, 1925. – Engisch, Zum Begriff des Mordes GA 1955, 161. – H. Fuhrmann, Die Verdeckungsabsicht beim Mord, JuS 1963, 19. – Gast, Die Mörder, 1930 (KriminalAbh. Heft 11). – Gennat, Mord, in: Handwörterbuch der Kriminologie Bd. II (1936) S. 190. – Gummersbach, Mordmotive, Motivmord, Arch. für Kriminologie Bd. 96 S. 58, 143. – Hall, Über die Teilnahme an Mord und Totschlag, Eb.-Schmidt-Festschr. S. 343. – v. Hentig, Psychologie der Einzeldelikte I. Der Mord. 1956. – Radbruch, Der politische Mord, SJZ 1948, 311. – Roesen, Rechtsfragen der Einsatzgruppenprozesse, NJW 1964, 133. – ders., Der Mord, seine Täter, Motive und Opfer nebst einer Bibliographie zum Problem des Mordes, ZStW 56 S. 327. – ders., Mörder und ihre Opfer, MonKrimBiol. 1938 S. 161, 209. – Schaffstein, Zur Auslegung des Begriffs der „heimtückischen" Tötung als Mordmerkmal, H. Mayer-Festschrift S. 419. – Schröder, Zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag, JZ 1952, 526. – Schwalm, Heimtücke und achtenswerter Beweggrund, MDR 1957, 260. – ders., Zur Kasuistik der Mordmerkmale, MDR 1958, 396. – Vgl. auch die Angaben, vor §§ 211 ff.

1 **I.** Die Vorschrift behandelt den **Mord.** Trotz der Stellung im Gesetz ist der Totschlag als Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötung anzusehen; der Mord ist ein qualifizierter Fall des Totschlags (vgl. Vorbem. 4 ff. vor § 211).

2 **II.** Der Mord wird **begangen** durch die Verursachung des Todes eines Menschen. Gleichgültig ist, auf welche Weise dies geschieht; auch die Möglichkeit der Tötung durch psychische Einflußnahme (Erregung heftigen Schreckens) ist denkbar (v. Liszt-Schmidt S. 461, Olshausen [11. Aufl.] Anm. 3).

3 Ein Mord kann auch durch **Unterlassen** begangen werden (vgl. RGSt. **66** 72, **69** 321 und näher Vorbem. 99 ff. vor § 1).

4 **III.** Wer einen Menschen unter Umständen tötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, ist als Mörder zu bestrafen (Abs. 1). Das

Gesetz zählt drei Gruppen von Fällen auf, in denen derartige Umstände regelmäßig anzunehmen sind: es können die Beweggründe, die Ausführung der Tat oder die verfolgten Zwecke sein, die den Täter zum Mörder machen (Abs. 2). Es genügt, daß die Tötung einer der drei Gruppen zuzurechnen ist; es ist nicht erforderlich, daß jemand aus niedrigen Beweggründen und gleichzeitig in verwerflicher Weise oder zu verwerflichen Zwecken tötet (OLG Frankfurt SJZ 1947 Sp. 628).

Diese **Aufzählung** in Abs. 2 ist insoweit als **abschließend** anzusehen, als nur bei Vorliegen der darin genannten Merkmale jemand als Mörder bestraft werden darf, nicht dagegen in anderen Fällen der Tötung, auch wenn diese eine besonders verwerfliche Gesinnung oder eine besondere Gefährlichkeit offenbaren. 5

Nicht abschließend ist die Aufzählung aber insoweit, als der Richter nicht gezwungen ist, den Täter stets als Mörder zu bestrafen, wenn einer der in Abs. 2 genannten Umstände vorliegt. Auch wenn jemand etwa grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder zur Verdeckung einer Straftat getötet hat, wird z. B. das Vorliegen einer entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung die Kennzeichnung des Täters als Mörder ausschließen können (RGSt. 76 299, 77 43, RG HRR 1942 Nr. 608, OLG Braunschweig JBl. Braunschw. 1946 Sp. 125). Entscheidend ist stets, ob unter Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit und aller Umstände der Tat die Tötung als eine besonders verwerfliche anzusehen ist (RGSt. 76 229, RG HRR 1942 Nr. 608, 671, Schaefer LK Anm. I 3 c, Busch, Rittler-Festschrift S. 295). Demgegenüber stehen BGH NJW 1951 S. 204, BGHSt. 3 186, OGHSt. 1 77, KG NJW 1950 S. 237, Jagusch SJZ 1949 Sp. 325, Schwalm aaO S. 397 auf dem Standpunkt, daß stets dann, wenn eines der Merkmale des Abs. 2 gegeben ist, wegen Mordes bestraft werden muß. Diese Rspr. wird von BGHSt. (GrS) 9 389, 11 143 gebilligt. Ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal i. S. besonderer Verwerflichkeit der Tat sei dem Tatbestand nicht zu subintelligieren (Engisch GA 1955 S. 166). Eine entschuldbare heftige Gemütserregung des Täters kann dann beim Merkmal grausam, nicht aber z. B. bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln berücksichtigt werden. Für die hier vertretene Auslegung sprechen die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Vorschrift (näher Schönke NJW 1950 S. 237 zu Nr. 22, Schröder SJZ 1950 S. 564). Maurach BT S. 29 kommt für die benannten Strafmilderungsgründe des § 213 zu entsprechenden Ergebnissen, indem er die „Sperrwirkung" des milderen § 213 dazu führen läßt, § 211 dort zu verneinen, wo mildernde Umstände i. S. des § 213 vorliegen. Gegen die Rspr. des BGH auch Busch, Rittler-Festschrift S. 287, Riess NJW 1968, 628. 6

1. Die Beweggründe.

Beweggrund ist nicht gleichbedeutend mit Absicht (vgl. § 59 Anm. 49, 68 ff.). Der Beweggrund bezeichnet diejenigen Vorstellungen, die im konkreten Fall die zum Verbrechen führende Willensbetätigung des Täters entscheidend beeinflußt haben, während Absicht im technischen Sinne den unmittelbar auf den im Gesetz angegebenen Erfolg gerichteten Willen des Täters bezeichnet (vgl. auch RGSt. 49 142). Auch eine Regung des Augenblicks kann ein Beweggrund sein (OGHSt. 2 345). Die Beweggründe brauchen nicht Gegenstand längerer Überlegung zu sein; es genügt, wenn sich der Täter ihrer bewußt ist (OGHSt. 2 345). An Beweggründen, die regelmäßig dazu führen, den Täter als Mörder zu bewerten, nennt das Gesetz Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebs und Habgier; es sind dies gesetzliche Beispiele für niedrige Beweggründe (OGHSt. 1 99). 7

a) Aus **Mordlust** handelt der Täter dann, wenn er aus unnatürlicher **Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens die Tat begeht** (BGH NJW 1953 S. 1440). 8

b) Bei der Tötung zur **Befriedigung des Geschlechtstriebs** ist zweifelhaft, ob die Tötung als solche der Befriedigung des Täters dienen muß, oder ob darunter auch Fälle zu ver- 9

stehen sind, in denen der Täter durch Vernichtung eines Menschenlebens die Voraussetzungen für eine geschlechtliche Befriedigung schafft. Die Rspr. neigt der letzteren Auffassung zu; sie bejaht § 211 auch dann, wenn der Täter sein Ziel durch Betätigung an der Leiche erreichen will (BGHSt. 7 353, OGHSt. 2 339) oder wenn bei einer Notzucht die Gewaltanwendung mit Eventualvorsatz der Tötung erfolgt (BGHSt. 19 105, Maurach BT S. 31). Konsequenterweise müßte diese Form des § 211 dann auch gegeben sein, wenn der Täter einen Dritten tötet, um zum Ziel seiner Wünsche zu gelangen (so in der Tat Schaefer LK Anm. II 1, der sich jedoch zu Unrecht auf BGHSt. 3 133 beruft). Da die Generalklausel der niedrigen Beweggründe eine Erfassung dieser Fälle ermöglicht, liegt es nahe, die Spezialfälle eng zu interpretieren und damit nur den eigentlichen Lustmord unter diese Alternative zu bringen. Daß der Täter seinen Zweck erreicht hat, ist nicht erforderlich. Handelt er nicht zur Befriedigung, sondern zur Erregung des Geschlechtstriebes, so kommt ebenfalls nur eine Anwendung der Generalklausel „niedrige Beweggründe" in Betracht (Maurach BT S. 31).

10 c) **Habgier** bezeichnet das Streben, das unter Mißachtung der Rechte und Interessen Dritter auf die Erzielung von Gewinn oder Ersparung von Ausgaben um jeden Preis gerichtet ist (OGHSt. 1 136). Ähnlich wie es RGSt. 60 306 für die Gewinnsucht getan hat, wird man die Habgier als Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß bezeichnen können (vgl. BGHSt. 10 399, BayObLGSt. 1951 42, OLG Dresden NJ 1949 S. 69). Habgier kann auch dann vorliegen, wenn jemand nicht etwas erwerben, sondern etwas behalten oder sich von einer finanziellen Belastung befreien will (BGHSt. 10 399 [Unterhaltsverpflichtung], OGHSt. 1 81; and. v. Weber SJZ 1949 Sp. 59). Dieses Bestreben muß Beweggrund zur Tat gewesen sein. Durch den Hinzutritt anderer Beweggründe, wie Rache, Haß, wird Habgier nicht ausgeschlossen (OGHSt. 1 137, OGH NJW 1949 S. 910). Auch bei einer Affekthandlung kann Habgier vorliegen (OGHSt. 1 165). Als Täter kommen hier vor allem die sog. Raubmörder in Betracht; über das Verhältnis zu den §§ 249 ff. vgl. § 249 Anm. 16. Aber auch das gewaltsame Durchsetzen eines Anspruchs im Bewußtsein seiner Begründetheit schließt eine habgierige Handlungsweise nicht schlechthin aus (Schaefer LK Anm. II 1, Maurach BT S. 31; and. OLG Hamburg NJW 1948 S. 350, Welzel S. 272 f.), jedoch wird die Tat hier meist nicht das Gewicht des Mordes haben.

11 d) Abgesehen von den im Gesetz aufgezählten Beweggründen ist der Täter auch dann als Mörder zu bestrafen, wenn er **sonst aus niedrigen Beweggründen** gehandelt hat. Niedrig sind die Beweggründe des Täters, wenn sein Handeln von Vorstellungen bestimmt war, die nach gesundem Empfinden sittlich verachtenswert sind (OLG Kiel SchlHA 1948 S. 129). Dabei sind die Gesamtumstände der Tat zu berücksichtigen (BGH NJW 1954 S. 565; bedenklich die Berücksichtigung psychopathischer Persönlichkeitsstrukturen als sittlicher Mängel). Die Triebfeder der Tat muß sich nicht nur als verwerflich darstellen; sie muß im unverbildeten Betrachter das sichere Gefühl der Verachtung einer derart motivierten Tat hervorrufen (OGHSt. 1 327, BGHSt. 3 133, BGH NJW 1967, 1141). Den Maßstab für die Niedrigkeit bieten die allgemein anerkannten sittlichen Anforderungen (KG JR 1947 S. 27, OGHSt. 2 345); für Ausländer vgl. jedoch BGH GA 1967, 244. Hierunter könnte z. B., wie bereits erwähnt (oben 9), die Tötung eines Menschen nur zur Erregung des Geschlechtstriebs fallen; auch Rachsucht (BGH NJW 1958 S. 189) und Neid können solche Beweggründe sein, ferner das Bestreben, die Ehefrau als Hindernis für ein ehebrecherisches Verhältnis zu beseitigen (BGHSt. 3 133; vgl. ferner BGH LM Nr. 31), oder auch „hemmungslose, triebhafte Eigensucht" (BGH VRS 17 187); vgl. ferner BGHSt. 18 37. Auch politische Beweggründe zum Mord können als niedrig anzusehen sein (KG JR 1947 S. 27, OLG Frankfurt SJZ 1947 Sp. 629 mit Anm. Radbruch, OGHSt. 2

180, 357, Radbruch SJZ 1948 Sp. 311); vgl. weiter Stock SJZ 1947 S. 529, Zinn SJZ 1948 S. 141, Jagusch SJZ 1949 Sp. 325, BGH NJW 1951 S. 666. Die Eifersucht ist nicht immer niedriger Beweggrund (BGHSt. 3 182, OGHSt. 2 117). Ein materieller Beweggrund ist dann in der Regel nicht niedrig, wenn der Täter unter dem starken Druck einer unverschuldeten, wirtschaftlichen Notlage handelt (OGHSt. 1 90). Durch einen **Affektzustand** kann das Vorliegen eines niedrigen Beweggrundes ausgeschlossen werden (OGHSt. 2 177; bedenklich BGH NJW 1967, 1140). Die Erwägung, aus Furcht vor Strafe auf dem einmal beschrittenen Wege fortschreiten zu müssen, braucht nicht niedrig zu sein (OGHSt. 3 119). Näher über niedrige Beweggründe E. Schmidt DRZ 1949 S. 243; vgl. auch Jagusch SJZ 1949 Sp. 326.

2. Die Art der Ausführung.

Durch die Art der Ausführung wird der Täter dann zum Mörder, wenn er die Tötung heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln ausführt. 12

a) Der Begriff der **Heimtücke** ist umstritten. Die **Rspr.** bezeichnet als heimtückisch ein Verhalten, bei dem der Täter die **Arg- und Wehrlosigkeit** seines Opfers zur Tat ausnützt (RGSt. 77 44, BGHSt. 2 251, 7 218, BGHSt. [GrS] 9 385 m. Anm. Jescheck JZ 1957, 386, 11 144, BGH NJW 1958, 189, Maurach BT S. 34). Die von BGHSt. 18 88 gebrauchte Formulierung „Arg- oder Wehrlosigkeit" beruht, wie BGHSt. 19 321 ergibt, auf einem Versehen. 13

Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tat keines Angriffs versieht (BGHSt. 7 218, 20 301, BGH GA 1967, 244). Daß das Opfer mit einem Angriff hätte rechnen können, ist deshalb ohne Bedeutung. **Wehrlos** ist, wer keine Möglichkeit zur Abwehr des Angriffs besitzt. Wehrlosigkeit liegt daher nicht vor, wenn sich das Opfer in Erwartung des Angriffs mit einer Waffe versehen hat (BGH GA 1967, 244). 13a

Die Rspr. hat jedoch Mühe gehabt, die beiden Kriterien der Arg- und Wehrlosigkeit in ein sinnvolles Beziehungsverhältnis zu bringen. Zunächst ergibt sich aus der Formel des BGH, daß eine bloße Ausnutzung der Wehrlosigkeit niemals Heimtücke begründet, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich bei dem Täter um eine Person des Vertrauens des Getöteten gehandelt hat (der Ehegatte ersticht den gelähmten anderen Ehegatten). Dabei ist unerheblich, ob er dies vorher ankündigt und so die Arglosigkeit beseitigt oder ob er es unmittelbar tut, da hier die Arglosigkeit auf die Wehrlosigkeit keinerlei Einfluß gehabt hat. 13b

Erforderlich muß vielmehr sein, daß **durch** die Ausnutzung der **Arglosigkeit** ein **Zustand erhöhter Wehrlosigkeit** geschaffen worden ist, z. B. der Getötete im Vertrauen auf die lauteren Absichten des Täters die Beschaffung von anderen Verteidigungsmöglichkeiten unterlassen hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kommt es ebenfalls nicht darauf an, ob im Augenblick der Tat die Arglosigkeit fortgedauert hat. Heimtückisch handelt auch derjenige, der einen anderen in einen Hinterhalt lockt und ihm dann offen entgegentritt (BGHSt. 22 77). 14

Demgegenüber bezeichnet das **Schrifttum** die Heimtücke überwiegend als einen verwerflichen Vertrauensbruch (Schaffstein, H. Mayer-Festschrift S. 424 ff., Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht [1958] S. 138 ff., Kohlrausch-Lange Anm. VIII 5); dies unterscheidet sie von der bloßen Heimlichkeit der Tat und der Hinterlist. Das Element der „Tücke" bezeichnet die Tatsache, daß der Täter ein ihm entgegengebrachtes Vertrauen täuscht, indem er die Wehrlosigkeit seines Opfers, das sich gerade von diesem Täter keines Angriffs gewärtig ist, ausnützt (vgl. auch Mezger-Blei StuB II S. 19). Ein länger erwogener Plan wird nicht vorausgesetzt (BGHSt. 2 260). Ein Ehegatte, der den anderen im Schlaf tötet, handelt in der Regel auch dann heimtückisch, wenn er keine besonderen Maßnahmen getroffen hat, um den anderen einzuschläfern (OLG Kiel HESt. 14a

1 91, BGH JR 1951, 687). Andererseits ist Heimlichkeit der Tat nicht vorausgesetzt. Wer die günstige Tatposition heimtückisch herbeiführt, z. B. das Opfer in einen Hinterhalt lockt, ist Mörder, auch wenn er die Tat offen ausführt (vgl. BGHSt. **16** 397, **22** 77).

15 Nicht erforderlich ist jedoch, daß sich der Täter das Vertrauen zwecks Tatausführung erschlichen hat (BGH NJW 1951, 410, JR 1951, 687); es genügt die Ausnutzung vorhandenen Vertrauens. Das Opfer muß jedoch imstande gewesen sein, dem Täter Vertrauen entgegenzubringen und selbst oder mit Hilfe Dritter einem Angriff entgegenzutreten; die Heimtücke muß das Mittel sein, diese Möglichkeit zu verhindern (vgl. BGH NJW 1966, 1824). Bei einem einjährigen Kind sind diese Voraussetzungen nicht gegeben (BGHSt. 4 12; vgl. aber auch BGHSt. 8 216 [Vergiftung eines Kleinstkindes; inkonsequent]). Möglich ist jedoch, daß die Heimtücke darin liegt, daß der Täter sich gegenüber Personen, die zum Schutz des Kindes berufen sind, heimtückisch verhält (BGHSt. 8 216, BGH LM **Nr. 6**; vgl. ferner BGHSt. **18** 37).

16 Da Heimtücke nur der besonders verwerfliche Vertrauensbruch ist, genügt nicht die Feststellung, daß der Täter das Vertrauen des Getöteten genoß. Vielmehr sind auch hier die Gesamtpersönlichkeit und alle weiteren Tatumstände zu berücksichtigen. And. auch hier die Rspr. (BGHSt. **3** 186, 332), die das äußere Tatbild ganz oder überwiegend in den Vordergrund stellt und die Motive und Begleitumstände (heftige Gemütsbewegung) unberücksichtigt läßt (BGHSt. [GrS] **11** 139). Die damit zwangsläufig gegebenen ungerechten Ergebnisse versucht die Rspr. dadurch zu beseitigen, daß sie zur Heimtücke eine „feindliche Willensrichtung des Täters" verlangt (BGHSt. [GrS] **9** 390, zust. Maurach BT S. 34; vgl. weiter BGH NJW 1966, 1824). Dieser Weg ist deswegen nicht gangbar, weil nahezu jede Tötung auf einer feindlichen Willensrichtung beruht. Vgl. auch Schwalm MDR 1957, 260, 1958, 397, der den „achtenswerten" Beweggrund zur Korrektur benutzt. Gegen den BGH auch Busch, Rittler-Festschrift S. 295.

17 b) **Grausam** ist eine Tötung dann, wenn sie schwere Leiden körperlicher oder seelischer Art hervorruft, sei es durch die Stärke oder durch die Dauer der Handlung des Täters, und wenn sie außerdem einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung entspringt (RGSt. **76** 299 m. Anm. Mezger DR 1943, 290, **77** 45, BGHSt. **3** 181, 264, OGHSt. **1** 90, 99, **2** 116, OLG Braunschweig MDR 1948, 182 m. Anm. Figge, Mezger-Blei StuB II S. 19; and. Maurach BT S. 33). Diese Voraussetzungen können auch dann gegeben sein, wenn die eigentliche Tötung schmerzlos erfolgt, jedoch die vorhergehenden Handlungen dem Opfer seelische Leiden zufügen (BGH NJW 1951, 666). Maßstab der Grausamkeit ist das gesunde und natürliche Gefühl.

17a Da es sich um die Zufügung schwerer Leiden handeln muß, ist zu berücksichtigen, ob das **Opfer** sie als solche **empfindet**. Die Tötung eines Bewußtlosen kann durch keinerlei objektive Umstände zu einer grausamen werden. Auch bei Abstumpfung des Gefühlslebens kann diese Voraussetzung entfallen (vgl. RGSt. **49** 389, **62** 160, OGHSt. **1** 99, **3** 71, OGH HESt. **2** 277; die abweichenden Formulierungen sind z. T. zu anderen Bestimmungen erfolgt und können daher für § 211 nur bedingt verwertet werden). Ist der Täter durch eine entschuldbare heftige Gemütsbewegung zur Tötung hingerissen worden oder hat er sonst im Affekt gehandelt, so kann das subjektive Element der Grausamkeit entfallen (vgl. RGSt. **76** 299 m. Anm. Mezger DR 1943, 290, OGHSt. **1** 372, **2** 177, BGHSt. **3** 333).

18 c) Mörder ist ferner, wer einen Menschen mit **gemeingefährlichen Mitteln** tötet. Bestritten ist, ob nur die im 27. Abschnitt genannten Mittel hierher zu rechnen sind (so z. B. Kohlrausch-Lange Anm. VII 7) oder darüber hinaus auch andere (so z. B. Schaefer LK Anm. II 2). Die erste Ansicht ist zu eng; auch Mittel, die in ihrer Wirkung den im 27. Abschnitt genannten gleichkommen, müssen einbegriffen werden. Eine Ge-

meingefahr i. S. des in Vorbem. 16 vor § 306 Ausgeführten braucht durch die Tat nicht herbeigeführt zu sein, jedoch muß die Art des Vorgehens des Täters die konkrete Möglichkeit geschaffen haben, daß andere als das Opfer an Leib oder Leben gefährdet werden. Daher braucht ein Mittel i. S. der §§ 306 ff. nicht in jedem Fall gemeingefährlich i. S. des § 211 zu sein. Gemeingefährlich sind Mittel dann, wenn der Täter im allgemeinen nicht die Wirkung der von ihm entfesselten Kräfte bestimmen und abgrenzen kann, wenn er die Ausdehnung der Gefährdung nicht in seiner Gewalt hat (vgl. RGSt. 5 309, OLG Dresden NJW 1948 S. 274). Da der Täter die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durchgeführt haben muß, scheiden die Fälle aus, in denen der Täter bereits vorhandene gemeingefährliche Situationen zur Tat ausnutzt, z. B. bei einem Brand einen Menschen ins Feuer wirft.

3. Die verfolgten Zwecke.

Mörder ist ferner, wer einen Menschen tötet, um eine andere **Straftat** entweder zu **ermöglichen** oder zu **verdecken.** Beide Fälle können zusammentreffen, wenn jemand die Absicht hat, die eine Straftat zu verdecken, die andere zu ermöglichen (OGHSt. 2 21, BGH NJW 1955, 1119). 19

a) Als Taten, die ermöglicht oder verdeckt werden sollen, kommen nur kriminell strafbare Handlungen in Betracht, jedoch auch Vergehen und Übertretungen (OGHSt. 1 78). Es braucht sich nicht um eigene Taten zu handeln; auch solche anderer Personen reichen aus (BGHSt. 9 180, BGH VRS 23 207, Maurach BT S. 30). Die zu ermöglichende Tat kann auch bereits vollendet sein, darf jedoch noch nicht beendigt sein (z. B. Dauerdelikt). 20

b) Der Täter muß gehandelt haben, **um** andere Taten **zu ermöglichen oder zu verdecken** (vgl. BGHSt. 15 293, BGH VRS 23 207, OGH JR 1950, 170, Maurach BT S. 30); erforderlich ist **Absicht** i. S. zielgerichteten Handelns. Die zu ermöglichende Straftat braucht jedoch objektiv weder begehbar noch die zu verdeckende begangen zu sein. So z. B., wenn der Täter irrig annimmt, eine zu verdeckende Tat sei begangen worden oder sei strafbar, oder wenn er die Tötung vornimmt, um einen Diebstahl ausführen zu können, die zu stehlende Sache aber bereits untergegangen ist (BGHSt. 11 226 m. Anm. Stratenwerth JZ 1958, 545, Maurach BT S. 29 f.; and. OGHSt. 1 197, E. Schmidt DRZ 1949, 246). Bei einer zu verdeckenden Straftat muß der Täter auch von ihrer Verfolgbarkeit ausgegangen sein. Ist die Tat bereits entdeckt, so kann § 211 Anwendung finden, wenn es dem Täter darauf ankommt, seine Person zu verbergen (BGH NJW 1952, 431) oder auch sich der Ergreifung zu entziehen (BGH LM **Nr. 30**, BGHSt. 11 270)oder einen Zeugen zu beseitigen (RG HRR 1942 Nr. 608). Bedingter Tötungsvorsatz schließt die Verdeckungsabsicht nicht aus (BGH LM **Nr. 30**, BGHSt. 11 270, 15 292 m. Anm. H. Fuhrmann JuS 1963, 19, 21 283, BGH VRS 24 184). Vgl. auch BGH GA 1962, 143. 21

Die Tötung muß dem Täter als **Mittel** dienen, die andere Straftat **zu verdecken.** Er muß daher die Tötung gerade mit der Vorstellung vornehmen, das Opfer werde etwas bisher Unentdecktes zu Tage fördern, sei es die Begehung einer Straftat, sei es die Person des Täters (BGH LM **Nr. 30**, BGHSt. 11 269). Daher ist § 211 nicht gegeben, wenn sich der bereits entdeckte Täter lediglich vor seinen Verfolgern in Sicherheit bringen will, ebensowenig, wenn er vor einer drohenden Entdeckung flieht und die Flucht den Tod dadurch bewirkt, daß er einem von ihm Verletzten keine Hilfe leisten kann (BGHSt. 7 287; dagegen Maurach BT S. 30; vgl. jedoch auch BGH 4 StR 250/65 b. Dallinger MDR 1966, 24). Anders kann es jedoch sein, wenn der Täter von dem im Stich Gelassenen die Entdeckung seiner Person fürchtet und Hilfe gerade deswegen unterläßt, um diese Entdeckung unmöglich zu machen. Die Lösung von Grünwald (H. Mayer-Festschrift S. 291), nach der Mord insofern nur durch positives Tun begangen werden könne, überzeugt daher nicht. Mittel zur Verdeckung einer Straftat ist die Tötung aber 22

dann, wenn der namentlich noch nicht bekannte Täter sich der Festnahme dadurch entzieht, daß er sich den Weg freischießt (vgl. BGHSt. **15** 292). Vgl. zum Ganzen auch Fuhrmann JuS 1963, 19.

22a Die andere Straftat braucht zum Mord nicht in Realkonkurrenz zu stehen; es kann auch Idealkonkurrenz vorliegen (BGH LM Nr. **10**, BGHSt. **7** 327, Welzel S. 273, Schwarz-Dreher Anm. 1 B c, Mezger-Blei StuB II S. 20).

22b **4.** Die **Mordmerkmale** brauchen bei einer Tötung nicht von Anfang an gegeben zu sein, sie können auch zu einer als Totschlag begonnenen Tat erst **später hinzutreten.** Wird z. B. eine Tötung in grausamer Weise zu Ende geführt oder tötet der Täter nach fehlgeschlagenem Totschlag sein Opfer in der Befürchtung, von ihm angezeigt zu werden, so sind die Voraussetzungen des § 211 ebenfalls gegeben.

22c **5.** Die einzelnen Tatmodalitäten des § 211 besitzen einander gegenüber keine rechtliche Selbständigkeit; eine **Wahlfeststellung** zwischen ihnen ist daher zulässig (BGHSt. **22** 12).

23 **IV.** Für den **inneren Tatbestand** ist Vorsatz erforderlich; bedingter Vorsatz genügt (OGHSt. **3** 36). Außerordentlich bestritten ist jedoch die Frage, in welchem Umfange die qualifizierenden Umstände des § 211 vom Vorsatz umfaßt sein müssen. Entscheidend dafür ist ihre Stellung und Bedeutung im Deliktsaufbau. Soweit es sich um Voraussetzungen erhöhten Unrechtes handelt, muß § 59 Anwendung finden; soweit dagegen § 211 Merkmale erhöhter Schuld enthält, ist das nicht der Fall. Eine generelle Antwort, wie sie von Lange (JR 1949 S. 170, Kohlrausch-Lange § 212 Anm. VII), Engisch (GA 1955 S. 165) und Oehler (Das objektive Zweckmoment [1960] S. 148) i. S. von Schuldelementen und vom BGH (BGHSt. **6** 331) und Maurach (BT S. 27) i. S. von Unrechtsmerkmalen, versucht worden ist, wird sich nicht geben lassen. Vielmehr finden sich (vgl. Vorbem. 5 f. vor § 211) in § 211 einmal Voraussetzungen, die das Unrecht der Tat erhöhen, wie z. B. die Tatausführung mit gemeingefährlichen Mitteln, so daß hier kein Zweifel daran sein kann, daß § 59 Anwendung finden muß. Das gilt auch für das Element der Heimtücke (vgl. BGH 5 StR 168/66 b. Dallinger MDR 1967, 726). Daneben stehen jedoch auch Merkmale erhöhter Schuld, wie z. B. bei den Motiven der ersten Gruppe des § 211. In anderen Voraussetzungen endlich treffen beide Elemente zusammen, wie etwa bei der Grausamkeit, die sowohl Elemente erhöhten Unrechts wie erhöhter Schuld in sich schließt.

24 Auch die **Folgerungen für den Vorsatz** sind in der Diskussion bisher zu sehr vereinfacht worden; insbesondere wurde verkannt, daß die Zuordnung einzelner Mordmerkmale zum Schuldbereich nicht bedeuten kann, daß insoweit die Vorstellung des Täters ohne jede Bedeutung ist. Vielmehr ist in entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 59 (vgl. § 59 Anm. 19 ff.) zu fordern, daß der Täter sich der Umstände bewußt gewesen ist, die seine Tötung zum Morde stempeln (Maurach BT S. 32). Dagegen braucht er nicht selbst die Wertungen vollzogen zu haben, die das Urteil über ihn ergeben. Er muß daher zwar die Umstände kennen, die das negative Urteil über ihn und seine Persönlichkeit möglich machen, ohne doch selbst dieses Urteil über sich zu fällen. Im Falle niedriger Beweggründe muß der Täter sich also seiner Beweggründe bewußt geworden sein – Handeln im Unterbewußtsein genügt nicht –, braucht sie jedoch nicht als niedrig bewertet zu haben (BGH LM **Nr. 2**; and. BGHSt. **6** 331). Geht er irrtümlich von Voraussetzungen aus, die sein Verhalten nicht als niedrig erscheinen lassen, so fehlt es an einer niedrigen Motivation (BGH GA 1967, 244). Im Falle der Heimtücke muß der Täter die Umstände kennen, die sein Tun als heimtückisch erscheinen lassen (BGHSt. **6** 120); eine Vorstellung vom Rechtsbegriff der Heimtücke braucht er nicht zu haben (BGH NJW 1951 S. 410, OGHSt. **1** 145, 166, **2** 178, **3** 75); er muß jedoch z. B. wissen, daß sein Opfer eine Person ist, die

ihm Vertrauen entgegenbringt und daß er dieses Vertrauen für seine Tat ausnutzt. Das Bewußtwerden dieser Umstände kann durch einen Affekt gehindert werden (vgl. OGHSt. 3 82, aber auch BGH NJW 1951 S. 410, LM **Nr. 5**; zu weitgehend BGHSt. 6 329). Bei der Grausamkeit ist das Bewußtsein erforderlich, daß dem Opfer heftige oder lang andauernde Schmerzen zugefügt werden. Beim Verdecken einer Straftat muß der Täter diese als strafbare Handlung erkannt haben.

Über Fälle, in denen der Täter nach Beginn der Tat zurechnungsunfähig wird und in 25
diesem Zustand die Tat vollendet, vgl. BGHSt. 7 326, BGH GA 1956 S. 26, Oehler GA 1956 S. 1 ff. und eingehend § 51 Anm. 42.

V. Täter des Mordes wie der übrigen Tötungsdelikte kann außer dem Getöteten jeder 26
sein; über die Straflosigkeit des Selbstmords vgl. Vorbem. 15 vor § 211. Wer mit eigener Hand tötet, ist immer Täter, auch wenn er es im Interesse eines anderen und unter dessen Einfluß tut. Vgl. näher Vorbem. 74 vor § 47.

Für die Behandlung der **Teilnahme** an den Tötungsdelikten ist das tatbestandliche 27
Verhältnis der Bestimmungen maßgeblich. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Der **Haupttäter** erfüllt einen der im **§ 211** genannten Umstände, der beim Teil- 28
nehmer fehlt. In diesem Fall wendet die **Rspr.** (BGHSt. **1** 370, **2** 255, OGHSt. **1** 103, 329, OLG Braunschweig MDR 1948 S. 183, OLG Frankfurt HESt. **2** 222) ausschließlich Akzessorietätsregeln an, bestraft also den Teilnehmer aus § 211, sofern er die qualifizierenden Umstände beim Täter kannte (§ 59). Dies wird damit begründet, daß § 211 einen tatbestandlich abschließenden Fall der Tötung bilde und § 50 Abs. 3 keine Anwendung finde, weil die Motive und Absichten des § 211 keine persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse i. S. dieser Bestimmung seien (übereinstimmend Eb. Schmidt DRZ 1949, 272, Hardwig GA 1954, 260. Nach der Neufassung des § 50 ist dies nicht mehr haltbar: auch nur vorübergehende Absichten und Motive sind besondere persönliche Merkmale i. S. des § 50 Abs. 3 (vgl. dort Anm. 14). Die Rspr. wird ihren Standpunkt zu revidieren haben.

Demgegenüber bilden andere zwei Gruppen und wenden auf die Merkmale der Heim- 28a
stücke, Grausamkeit und auf die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln Akzessorietätsgrundsätze an, während im übrigen § 50 Abs. 3 gelten solle (Schäfer LK Anm. IV, Mezger LK § 50 Anm. 11, Maurach BT S. 36, Welzel S. 274).

Eine dritte Meinung will endlich uneingeschränkt § 50 anwenden, einen Teilnehmer also 29
nur dann aus § 211 bestrafen, wenn einer der Umstände des § 211 in seiner Person vorlag (Lange JR 1949, 169, Class NJW 1949, 83).

2. Entsprechendes gilt für den umgekehrten Fall, daß nämlich der **Haupttäter** nur einen 30
Totschlag begeht, jedoch ein Umstand des § 211 beim Teilnehmer vorliegt. Die dazu vertretenen Auffassungen entsprechen den oben 28 dargelegten, so daß z. B. nach der Rspr. der Teilnehmer nur aus § 212 haftet, solange der Haupttäter nur diesen Tatbestand erfüllt, auch wenn er seinerseits aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat. Die zweite Meinung wendet bei der zweiten Gruppe des § 211 Akzessorietätsregeln und im übrigen § 50 Abs. 3 an, während nach der dritten Auffassung die Tat des Teilnehmers stets nach den Umständen zu beurteilen ist, die bei ihm vorliegen, wobei sich freilich die Schwäche dieser Auffassung darin zeigt, daß die Merkmale der zweiten Gruppe beim Teilnehmer allenfalls in der Weise denkbar sind, daß dieser Tatmittel zur Verfügung stellt oder anrät, die jene Qualifikation bewirken, ohne daß der Haupttäter das weiß (Lieferung eines angeblich sofort wirkenden Giftes, das in Wahrheit langes Siechtum zur Folge hat).

3. Richtig dürfte folgendes sein:

a) Ist man mit der Rspr. der Auffassung, daß die Umstände des § 211 eine **tatbestand-** 31
lich-abschließende Regelung enthalten, so ist es richtig und gerecht, zwischen den drei

Realkonkurrenz angenommen wird; der Hinweis auf BGHSt. 7 287 zieht nicht, da dort fahrlässige Tötung vorlag, mit der versuchte vorsätzliche Tötung nicht in Fortsetzungszusammenhang stehen kann). Dagegen ist Fortsetzungszusammenhang zwischen versuchtem und vollendetem Mord ausgeschlossen (Subsidiarität des Versuchs; and. OGHSt. 2 357). Vgl. auch § 212 Anm. 12 ff., 17.

Die vorsätzliche Tötung einer Schwangeren schließt nicht die Verurteilung wegen 39
Abtreibung aus; andernfalls würde nicht nur die Tötung einer Schwangeren auf Verlangen zu Ungereimtheiten im Strafmaß führen, sondern auch der Selbstmord der Schwangeren und die Beihilfe dazu als Abtreibung straffrei bleiben (BGHSt. 11 15, Maurach BT S. 55, Schaefer LK § 218 Anm. I 2; and. BGH 3 StR 282/51, 4 StR 503/51 bei Dallinger MDR 1951 S. 657, OGH NJW 1950 S. 195).

§ 212 [Totschlag]

(1) Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslanges Zuchthaus zu erkennen.

Vorbem. Neugefaßt durch Gesetz vom 4. 9. 1941, RGBl. I S. 549 und 4. 8. 1953, BGBl. I S. 735.

Schrifttum: Hall, über die Teilnahme an Mord und Totschlag, Eb. Schmidt-Festschrift (1961) S. 343. – Jacobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967. – Lorentz, Die Totschläger, 1932 (KriminalAbh. Heft 18). – R. Schmitt, Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung, JZ 1962, 389. – Többen, Untersuchungsergebnisse an Totschlägern, 1932. – Vgl. auch die Angaben vor §§ 211 ff.

I. Die Vorschrift behandelt den Totschlag. Dieser ist der Grundtatbestand der vor- 1
sätzlichen Tötung (vgl. Bem. 4 ff. vor § 211).

II. Über das Schutzobjekt vgl. Vorbem. 8 ff. vor § 211. 2

III. Als Handlung genügt hier die Verursachung des Todes eines Menschen; vgl. hierzu 3
§ 211 Anm. 2 f.

IV. Durch Einwilligung wird die Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen (vgl. § 216). 4
Von den Rechtfertigungsgründen kommen nur noch diejenigen in Betracht, die den Voraussetzungen des Art. 2 der Menschenrechtskonvention (Ges. vom 17. 8. 1952, BGBl. II 685) entsprechen, also z. B. nicht Notwehr zum Schutz von Vermögensrechten oder § 229 BGB. Auch bei der Verfolgung eines Fliehenden hat nicht jedermann ohne weiteres ein Recht, den Fliehenden zu töten. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den Beschränkungen, die den polizeilichen Organen beim Gebrauch von Schußwaffen auferlegt sind (RGSt. 65 392). Vgl. Blei JZ 1955 S. 361, ferner Maunz-Dürig Art. 2 Abs. 2 GG Anm. 18. Die Befugnisse der Sicherheitsorgane, zur Durchführung von Festnahmen notfalls den Verbrecher zu töten, ist im übrigen durch Art. 2 Abs. 2b MRK ausdrücklich vorbehalten. Über den Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei der Tötung eines in der Geburt befindlichen Kindes vgl. § 218 Anm. 9 ff. Bei Ausübung eines Amtsrechts ist das Einschreiten auch dann gerechtfertigt, wenn der Täter sich über die tatsächliche Lage geirrt hat und auf Grund pflichtgemäßer Prüfung ein Einschreiten für erforderlich halten konnte (RGSt. 72 311). Zur Rechtfertigung der Tötung im Kriege vgl. Maurach BT S. 24, Dahm Völker-

Gruppen innerhalb § 211 zu unterscheiden. Für die erste und die dritte, die personales Unrecht oder Schuld modifizieren, ist **§ 50 Abs. 3** anzuwenden, für die zweite dagegen (heimtückisch, grausam usw.), bei der es sich um Modalitäten der Tatausführung und damit um Differenzierung objektiven Unrechts handelt, gelten Akzessorietätsregeln (vgl. Maurach BT S. 36, Welzel S. 274). Dies unabhängig davon, ob die Umstände des § 211 beim Täter oder Teilnehmer vorliegen. Vor allem bei letzterem führt allein § 50 Abs. 3 zu gerechten Ergebnissen. Der Anstifter, der sich ein menschliches Hindernis seiner eigenen Deliktspläne von einem anderen beseitigen läßt, der die weitergehenden Absichten des Anstifters nicht kennt, der Anstifter, der aus Habgier handelt und dies dem Täter sorgfältig verbirgt, sie müssen für ihre verwerfliche Motivation zur besonderen Verantwortung gezogen werden können und dürfen nicht davon profitieren, daß es ihnen gelingt, ihre Absichten geheimzuhalten, wie es in BGHSt. **1** 386 der Fall war (vgl. Schröder NJW 1952, 649).

32 b) Ist man dagegen der Auffassung, daß die Aufzählung des § 211 **nicht abschließend** ist (oben 6), daß man also trotz Erfüllung eines Merkmales des § 211 wegen mildernder Umstände statt auf Mord auf Totschlag erkennen darf, dann kann, was dem Täter zugebilligt wird, dem Teilnehmer nicht verweigert werden. Letzterer kann daher wegen Teilnahme am Totschlag verurteilt werden, obwohl der Haupttäter Mörder ist, wenn bei ihm mildernde Umstände vorliegen. Es ist daher nicht folgerichtig, wenn angenommen wird, beim Täter könne die Anwendung mildernder Umstände zugelassen, beim Teilnehmer jedoch nur Akzessorietätsregeln angewendet werden, sofern es sich um Merkmale der zweiten Gruppe des § 211 handelt (so Schäfer LK Anm. IV, Maurach BT S. 36, Welzel S. 258).

34 c) Von zwei **Mittätern** kann der eine des Mordes, der andere des Totschlags schuldig sein (RG DR **1944** S. 147; and. BGHSt. **6** 330, der vom Boden der These, die §§ 211, 212 enthielten, ,,selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt", die Möglichkeit einer Mittäterschaft verneint).

35 **VI.** Für die **Mittäterschaft** gelten die allgemeinen Grundsätze (§ 47). Bei Täterwillen genügt auch die Mitwirkung zu Vorbereitungshandlungen (RGSt. **63** 101, RG LZ 1926 Sp. 367) oder eine psychische Mitwirkung (vgl. RG LZ **1924** Sp. 754; die Mutter eines Kindes erteilt die von ihrem Manne gewünschte und zur Voraussetzung für die Tötung des Kindes gemachte Zustimmung). Es kommt auch nicht darauf an, ob ein Mittäter nach seiner Veranlagung fähig ist, die Tat eigenhändig auszuführen (vgl. RGSt. **63** 101, RG JW **1938** S. 1879). Wegen Mittäterschaft kann auch dann verurteilt werden, wenn ungewiß ist, welcher der beiden Täter den tödlichen Schlag geführt hat (OGHSt. **1** 111). Auch Nebentäterschaft ist beim Mord möglich (RGSt. **55** 79). Über die Anwendbarkeit des § 50 auf Mittäter und Gehilfen vgl. oben 27 ff. Wegen Tötung in mittelbarer Täterschaft durch Erstattung einer Strafanzeige vgl. BGHSt. **3** 122, ferner BGH NJW 1953 S. 793, Schweiger NJW 1952 S. 1200.

36 **VII.** Bei einem vermindert Zurechnungsfähigen besteht die Milderungsbefugnis gemäß § 51 Abs. 2 auch hier (RG HRR 1942 Nr. 671). Über die Strafzumessung bei Jugendlichen vgl. RG HRR 1942 Nr. 608.

37 **VIII.** Über das **Verhältnis** zwischen Mord und **Raub** vgl. § 249 Anm. 16, weiter auch § 251 Anm. 7. Mit Diebstahl ist Idealkonkurrenz möglich (OGHSt. **3** 37). Zwischen Mord und verbotenem Waffenbesitz oder unerlaubtem Führen einer Schußwaffe kann je nach den Umständen Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz bestehen (vgl. RG HRR 1941 Nr. 945); näher hierzu kritisch Hoche, Waffengesetz (1938) S. 136.

38 Zwischen Totschlag und anschließendem versuchtem Mord ist Fortsetzungszusammenhang – mit dem Ergebnis einer Idealkonkurrenz – möglich (and. BGHSt. 8 220, wo

Juristische Rundschau

Herausgegeben von

Dr. ERHARD BÖKELMANN, Professor an der Universität Bochum · Dr. DIETER BRÜGGEMANN, Ministerialrat im Niedersächsischen Justizministerium · Dr. Dr. h. c. ROLF DIETZ, Professor an der Universität München · THEODOR KEIDEL, Oberstlandesgerichtsrat i. R. in München Dr. GEORG KUHN, Senatspräsident in Karlsruhe · Dr. GERHARD NEHLERT, Bundesrichter in Berlin · Dr. KARL-HEINZ NÜSE, Oberstaatsanwalt in Berlin · HERMANN REUSS, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Köln · RUDOLF WASSERMANN, Landgerichtspräsident in Frankfurt/M. · Dr. KURT WERGIN, Präsident der Rechtsanwaltskammer in Berlin

Schriftleitung: Städt. Verwaltungsrätin a. D. L. Pauli im Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin 30, Genthiner Str. 13

1969 Februar Heft 2

Ist § 50 Abs. 2 StGB n. F. auf den Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötet, die beim Gehilfen fehlen?

Von Bundesrichterin i. R. Dr. Else Koffka, Berlin

I. Diese Frage hat das Kammergericht in seinem in dieser Nummer S. 63 abgedruckten Beschluß vom 6. 1. 69 verneint. Das Kammergericht beruft sich hierfür auf Schwarz-Dreher 30. Aufl. § 50 Anm. 3, wonach nur täterbezogene Merkmale unter die Vorschrift fallen, es sich aber bei niedrigen Beweggründen um ein inneres Merkmal handele, das in erster Linie die Tat als besonders schwer erscheinen lasse (BGHSt. 17, 215, 217; 1, 368, 371). Es beruft sich weiter darauf, daß der Gesetzgeber, wenn er mit einer anderen Auslegung gerechnet hätte, den § 50 Abs. 2 nicht eingefügt hätte, weil dieser sonst, mit Rücksicht auf die Folgen für die Verjährung, eine verschleierte Amnestie für viele NS-Täter bedeuten würde.

Um mit dem zweiten Punkt zu beginnen: Es erscheint mir nicht möglich, für die Auslegung des § 50 Abs. 2 die Konsequenzen heranzuziehen, die die Vorschrift für die Verjährung haben kann. Das würde allgemeinen Auslegungsgrundsätzen widersprechen, weil die Verjährung nicht zum Inhalt der Vorschrift gehört. Ganz sicher hat der Gesetzgeber nicht auf dem Wege über § 50 Abs. 2 StGB die Verjährungsfrist für einen Teil der NS-Verbrechen verkürzen wollen. Auch unter denjenigen, die rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Berechnungsgesetzes vom 13. 4. 65 (BGBl. 1, 313) haben (vgl. dazu zuletzt Willms, JZ 69, 60), weil es verfassungsrechtlichen oder allgemein rechtsstaatlichen Prinzipien widerspreche, und unter denjenigen, die aus denselben Gründen eine Verlängerung von Verjährungsfristen für zurückliegende Taten auch in der Form der sogen. kleinen Rückwirkung ablehnen, wird wohl kaum jemand sein, der für eine Regelung der Verjährungsfrage für einen Teil der in Betracht kommenden Delikte „auf kaltem Wege" eintreten würde. Aber daraus kann man nicht folgern, daß der Gesetzgeber die Vorschrift in einem Sinne gemeint haben müsse, der unerwünschte Konsequenzen für die Verjährung ausschließt.

Ganz offensichtlich hat der Gesetzgeber bei dem Erlaß des § 50 Abs. 2 und 3 n. F. an die Verjährungsfrage überhaupt nicht gedacht. Das ist erklärlich. Die Vorschrift ist aus dem § 33 des EStGB 1962 entnommen, dieser wiederum beruht auf einem einstimmigen Beschluß der Großen Strafrechtskommission vom Februar 1955 (vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 2. Bd. Anhang Nr. 19 — § f des Vorschlages der Unterkommission —, sowie Bd. 2 S. 219, wo über diesen Vorschlag der Unterkommission abgestimmt ist, schließlich Bd. 2 Anhang 20 § f, wo der Vorschlag als Kommissionsvorschlag aufgenommen worden ist). Zu diesem Zeitpunkt brauchte man sich über eine Auswirkung der Vorschrift auf die Verjährung von NS-Verbrechen nicht den Kopf zu zerbrechen und hat ihn sich nicht zerbrochen. Es war damals klar, daß noch lange Zeit vergehen würde, bis der Entwurf Gesetz werden würde und erst recht, bis er in Kraft treten würde. Daran, daß bis dahin nicht alle NS-Verbrechen soweit aufgedeckt sein könnten, daß wenigstens die Verjährung unterbrochen war, hat niemand gedacht.

Wie Blei (Juristische Arbeitsblätter 69, H. 1, Strafrecht S. 3) zutreffend darlegt, enthalten die vom Kammergericht zitierten BGH-Entscheidungen nicht das, was das Kammergericht aus ihnen herausliest, und können deshalb für die Auslegung der neuen Fassung des § 50 Abs. 2 und 3 keine Bedeutung haben. In BGHSt. 1, 368 verneint der BGH, daß derjenige, der aus niedrigen Beweggründen zum Totschlag anstiftet, als Anstifter zum Mord zu bestrafen sei. Er lehnt die Anwendung des § 50 Abs. 2 a. F. auf diesen Fall deshalb ab, weil die Beweggründe des § 211 nicht die Strafe verschärften, sondern die Strafbarkeit des Täters als Mörder erst begründeten. Der BGH sieht den Mord gegenüber dem Totschlag als völlig selbständiges Delikt an und lehnt es ab, ihn als qualifizierten Totschlag, oder den Totschlag als priviligierten Mord zu betrachten. Nur im Rahmen dieser Darlegungen heißt es, die Merkmale des § 211 StGB seien echte Tatbestandsmerkmale, die niedrigen Beweggründe kennzeichneten zwar nicht das äußere Bild der Tat, sondern die innere Haltung des Täters, zur Tatbestandsmäßigkeit gehörten aber nicht nur äußere Merkmale, auch die Bewertung des Unrechts könne von inneren Merkmalen abhängen. Auf S. 372 zum Schluß des drittletzten Absatzes heißt es ausdrücklich: „Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob Beweggründe überhaupt unter § 50 Abs. 2 (a. F.) fallen können." Der BGH hat in der Entscheidung auch nicht mittelbar gesagt, daß Merkmale, die das Unrecht der Tat betreffen, nicht unter § 50 Abs. 2 a. F. fallen können. Das war auch gar nicht möglich. Zu den wichtigsten Fällen, die stets nach § 50 Abs. 2 a. F. behandelt worden sind, gehören die unechten Beamtendelikte. Daß Amtsunterschlagung und Freiheitsberaubung im Amt nicht nur auf der Schuldseite, sondern auch auf der Unrechtseite höher zu bewerten sind als einfache

Unterschlagung und gewöhnliche Freiheitsberaubung, kann nicht zweifelhaft sein. Die Entscheidung BGHSt. 1, 368 besagt also für den vom Kammergericht entschiedenen Fall nichts. Sieht man mit ihr im Mord einen völlig selbständigen Tatbestand gegenüber dem Totschlag und in den niedrigen Beweggründen Momente, die die Strafbarkeit erst begründen, so wäre zwar der der BGH-Entscheidung zugrunde liegende Fall heute ebenso zu entscheiden wie damals, weil strafbegründende Umstände auch nach § 50 Abs. 2 n. F. dem Teilnehmer nicht zugerechnet werden dürfen, wenn sie beim Täter nicht vorliegen. Sie besagt aber nichts für die Frage, ob niedrige Beweggründe persönliche Merkmale sind, die, wenn sie zwar beim Täter, nicht aber beim Teilnehmer vorliegen, zur Strafmilderung führen müssen.

BGH 17, 217 bezieht sich auf die verfassungsfeindliche Absicht des inzwischen aufgehobenen § 94 StGB. Die Entscheidung führt nach dem Dargelegten zu Unrecht aus, BGHSt. 1, 368 habe die Anwendung des § 50 Abs. 2 StGB aus niedrigen Beweggründen beim Mord deshalb abgelehnt, weil sie in erster Linie die Tat als besonders schwer erscheinen ließen. Im übrigen bringt die Entscheidung die staatsgefährdende Absicht deshalb nicht unter § 50 Abs. 2 StGB a. F., weil sie die Gefährlichkeit des Tuns im Lichte staatsfeindlicher Bestrebungen erhöhe und darum in erster Linie ein tatbezogenes und nicht tätereigentümliches Merkmal sei. Ob das für die aufgehobene Bestimmung zutraf, braucht hier nicht erörtert zu werden. Absichten sind nicht dasselbe wie Motive und können unter dem Gesichtspunkt des § 50 Abs. 2 a. F. und Abs. 2 und 3 n. F. verschieden behandelt werden (vgl. Schönke-Schröder Rdb. 17 zu § 50 und das dort zitierte weitere Schrifttum).

Die immer wieder angeführten Entscheidungen des BGH ergeben also für die jetzt zu erörternde Frage nichts.

Geht man von der Rechtsprechung des BGH aus, wonach der Mord gegenüber dem Totschlag ein völlig selbständiges Delikt ist, es sich also bei den niedrigen Beweggründen um einen strafbegründenden Umstand handelt, so fällt dieser Umstand unter § 50 Abs. 2 n. F. Daß zu den Merkmalen im Sinne dieser Vorschrift nicht nur solche gehören, die beim Täter unabhängig von der Tat vorliegen, ist durch die Zufügung des Wortes „Umstände" zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen eindeutig klargestellt. Ein Motiv des Täters liegt in seiner Person und nirgends anders. Daß es sich auf die Bedeutung der Tat auswirkt, ist unerheblich. Tatbegründende persönliche Merkmale charakterisieren zwangsläufig die Gesamttat, weil es ohne sie diese Straftat überhaupt nicht gibt.

Liegen die Voraussetzungen des § 50 Abs. 2 n. F. vor, so ist die Strafe nach den Vorschriften des Versuchs zu mildern. Die Verweisung einer Mußvorschrift auf eine Kannvorschrift (§ 44 StGB) ist nicht eben glücklich. Es kann aber kein Zweifel bestehen, daß, wenn die Milderungsvoraussetzungen des § 50 Abs. 2 n. F. vorliegen, der Gehilfe mit Zuchthaus zwischen drei und fünfzehn Jahren zu bestrafen ist. Dann aber beträgt die Verjährungsfrist nach § 67 StGB fünfzehn Jahre.

II. Das Ergebnis für die Verjährung wird nicht anders, wenn man der überwiegenden Meinung des Schrifttums folgt, wonach die Mordmerkmale straferhöhende Merkmale gegenüber dem Totschlag sind (vgl. Schönke-Schröder Rdbem. 4 vor § 211 und die dort Zitierten, Lackner-Maaßen § 50 Anm. 3a, Blei a. a. O.). Dann sind die niedrigen Beweggründe persönliche strafschärfende Merkmale i. S. d. § 50 Abs. 3 n. F. Das ist früher deshalb teilweise bestritten worden, weil es sich bei den Beweggründen nicht um Merkmale von gewisser Dauer handele. Es hat sich aber zunehmend die Ansicht durchgesetzt, daß vorübergehende Motive persönliche Verhältnisse in Bezug auf die konkrete Handlung sind (vgl. Schönke-Schröder Rdbem. 15 zu § 50 und die dort Zitierten). Diese letztgenannte Ansicht ist durch die Einfügung des Wortes „Umstände" in § 50 Abs. 3 n. F. legalisiert worden. Daraus würde folgen, daß der Gehilfe, der selbst keine niedrigen Beweggründe hat, nur wegen Beihilfe zum Totschlag zu bestrafen wäre. Für diese Beihilfe gilt zwar nicht die Mußmilderung des § 50 Abs. 2 n. F., sondern nur die allgemeine Kannmilderung für die Beihilfe. Trotzdem wäre die für die Verjährung nach § 67 StGB zugrundezulegende Höchststrafe fünfzehn Jahre Zuchthaus, weil die für die besonders schweren Fälle des Totschlags angedrohte Strafe (lebenslanges Zuchthaus) für die Frage der Verjährung außer Betracht bleiben muß (BGHSt. 2, 181, 183).

III. Die hier vertretene Auslegung des Begriffs der „persönlichen Merkmale" entspricht der Gesetzesgeschichte und der Begründung zu § 33 EStGB 1962 und zum § 50 Abs. 2 und 3 im Entwurf zum EGOWiG Kabinettsvorlage. Der eingangs erwähnte Beschluß der großen Strafrechtskommission vom Februar 1955 beruht auf einem Referat Gallas (Niederschriften 2. Band S. 72f.). Dieser hatte ausgeführt, es komme darauf an, vorübergehende seelische Haltungen in die zu berücksichtigenden persönlichen Merkmale einzubeziehen. Ferner hatte er dargelegt, daß dort, wo die gesetzliche Strafdrohung davon abhänge, daß der Täter aus niedrigen Beweggründen, aus Habgier oder dergleichen handele, für den Teilnehmer, bei dem dies nicht der Fall sei, jedenfalls eine Strafmilderung vorgesehen werden müsse. Wie oben ausgeführt, hat dann die Kommission den von der Unterkommission formulierten Vorschlag, der dem jetzigen § 50 Abs. 2 und Abs. 3 entspricht, einstimmig angenommen, und die Bestimmung ist dann in den §§ 33 E 1962 aufgenommen worden. Zu der hier interessierenden Frage heißt es in der Begründung zu §33:

> Unter „besonderen persönlichen Merkmalen" versteht der Entwurf, wie sich schon aus § 14 Abs. 1 ergibt, „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände". § 50 Abs. 2 StGB spricht nur von „besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" und läßt hierbei ungeklärt, ob hierunter nur fällt, was eine gewisse Dauer hat, oder ob von dieser Bestimmung auch vorübergehende seelische Haltungen (z. B. „aus Habgier", „böswillig", „gewissenlos") umfaßt werden. Der Entwurf stellt das dadurch klar, daß er unter den Oberbegriff der „besonderen persönlichen Merkmale" erkennbar auch besondere persönliche Umstände, die nur vorübergehender Natur sein können, einbezieht.

Diese Begründung ist fast wörtlich in die Begründung der Kabinettsvorlage zum Entwurf des EGOWiG übernommen worden. Es heißt dort auf S. 61:

> Der in § 50 eingefügte Abs. 2, der dem § 33 Abs. 1 E 1962 entspricht, führt in das Strafgesetzbuch den Oberbegriff der „besonderen persönlichen Merkmale" ein, der nicht nur besondere persönliche Eigenschaften und Verhältnisse umfaßt, wie sie der bisherige § 50 Abs. 2 allein erwähnt, sondern daneben auch besondere Umstände (vgl. auch § 14 Abs. 1 E 1962). Damit soll klargestellt werden, daß auch Merkmale vorübergehender Art einbezogen sind, soweit es sich um persönliche, d. h. nicht um tat-, sondern um täterbezogene Umstände handelt; hierher gehören auch sogenannte Gesinnungsmerkmale wie „böswillig", „gewissenlos", „aus Habgier". Es erscheint gerechter, wenn in allen derartigen Fällen besondere Strafdrohungen nur für den Täter und Teilnehmer gelten, bei dem die maßgebenden Merkmale gegeben sind.

Das in beiden Begründungen erwähnte Merkmal aus „Habgier" ist ein Unterfall der niedrigen Beweggründe im § 211 StGB.

IV. Ob der Gehilfe aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, ist Tatfrage des Einzelfalls. An seine Beweggründe ist aber ein strenger Maßstab anzulegen, wenn er weiß, daß er zu Massenvernichtungen hilft.

Ablichtung

aus "Juristenzeitung" 1969 Nr. 4, 21.Februar 1969

V

1. Abt. V mdBu Kn

2 - Abt. mdl B. 4.3.69

Bx

AUS WISSENSCHAFT UND PRAXIS

Der § 50 StGB n. F. und die Verjährung beim Mord

Von Prof. Dr. HORST SCHRÖDER, Tübingen

Seit dem 1. Oktober 1968 gilt § 50 StGB in der Fassung des Einführungsgesetzes zum Ordnungswidrigkeitengesetz. Wie stets bei gesetzgeberischen Veränderungen ist es unmöglich, alle Konsequenzen und Nebenreaktionen einer solche Regelung vorherzusehen, so daß die Praxis schon bald nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes mit Fragen konfrontiert wird, die bei den Vorarbeiten des Gesetzgebers von niemandem gesehen worden sind. Dies läßt jedes Unternehmen einer solchen Art als mit Unsicherheiten belastet erscheinen, die nur dann in Kauf genommen werden können, wenn die am Hauptpunkt anzubringende Remedur unerläßlich erscheint.

Eine der Fragen, die bei den Vorarbeiten zum EGOWiG offensichtlich übersehen worden ist, ist die, welche Konsequenzen die Neugestaltung des § 50 für die Verjährung hat, insbesondere für das Problem der Verjährung der Teilnahme am Mord, da § 50 Abs. 2 — unter Zugrundelegung der Judikatur des *BGH* zum Verhältnis der §§ 211, 212 — möglicherweise eine obligatorische Reduzierung der Strafe erfordern würde. Die damit aufgeworfenen Fragen sollen hier einer näheren Untersuchung unterzogen werden.

I.

Die wichtigste Neuerung innerhalb des § 50 besteht in dem neu eingefügten Abs. 2. Danach muß bei Delikten, bei denen persönliche Merkmale strafbegründend wirken, die Strafe für denjenigen Teilnehmer, der diese Merkmale selbst nicht besitzt, reduziert werden. Diese Regelung stellt gegenüber dem bisherigen Rechtszustand zweifellos einen beachtlichen Fortschritt dar. Die bisher durchaus herrschende Meinung vertrat nämlich den Standpunkt, daß für die strafbegründenden persönlichen Umstände, da sich § 50 Abs. 2 a. F. nur auf strafmodifizierende und strafausschließende Merkmale bezog, der Grundsatz der Akzessorietät gelte [1]. Dies bedeutete, daß Anstifter und Gehilfen zu echten Sonderdelikten der gleichen Strafdrohung unterworfen waren, die für den Täter galt, obwohl sie die Tat als Täter niemals hätten begehen können und es gerade die Täterqualität ist, die das Gesetz zur Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen veranlaßt hat. Bei der Beihilfe konnte hier mit der fakultativen Strafherabsetzung ein gewisser Ausgleich geschaffen werden; bei der Anstiftung war dies jedoch nicht möglich. Betrachtet man z. B. mit der Judikatur die Begünstigung im Amt als echtes Sonderdelikt [2], so bedeutete dies, daß die Anstiftung durch einen Nichtbeamten der hohen Zuchthausstrafdrohung des § 346 unterlag, obwohl die Begünstigung als solche nach § 257 nur mit einer relativ geringfügigen Strafe (Geldstrafe oder Gefängnis bis zu einem Jahr) bedroht ist.

Nunmehr bestimmt § 50 Abs. 2 n. F., daß die Strafe für alle diejenigen Beteiligten, die die Täterqualität nicht besitzen, nach Versuchsgrundsätzen „zu mildern" ist.

Was dies bedeutet, kann bei den einzelnen Typen der Strafdrohungen zweifelhaft sein, da bei einigen von ihnen eine Unterschreitung des Mindestbetrages der regulären Strafe möglich ist, bei anderen dagegen deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Regelstrafrahmen die geringste gesetzlich mögliche Strafe in sich schließt. Diese Frage hat bisher im Rahmen des § 44 nur insofern eine Rolle gespielt, als man sich gefragt hat, ob von der Strafmilderung des § 44 nur dann Gebrauch gemacht worden sei, wenn der Regelstrafrahmen unterschritten werde, oder ob die Milderung für den Versuch auch innerhalb des Regelstrafrahmens stattfinden könne [3]. Gerade weil aber bei bestimmten Strafdrohungen eine Unterschreitung des Regelstrafrahmens deswegen ausgeschlossen ist, weil dieser bereits die gesetzlich mögliche Mindeststrafe umschließt, dürfte die Antwort auf diese Frage nicht schwierig sein. Lautet z. B. die Strafdrohung, wie in vielen Fällen, auf Gefängnis, so ist der Mindestbetrag nach § 16 Abs. 1 ein Tag. Eine Unterschreitung in Anwendung des § 44 wäre ausgeschlossen. Bei anderen Strafdrohungen hingegen eröffnet § 44 die Möglichkeit, die gesetzliche Mindesstrafe zu unterschreiten, so vor allem bei Zuchthausstrafen, bei denen der Richter in Anwendung des § 44 auf Strafen unter einem Jahr erkennen und diese dann nach § 21 in Gefängnis umwandeln kann. Aus diesen Gründen ist der Auffassung zuzustimmen, daß die Strafherabsetzung im Rahmen des § 44 auch innerhalb des Regelstrafrahmens geschehen kann. Andernfalls käme man zu dem widersinnigen Ergebnis, daß bei einer Strafdrohung, die auf Gefängnis lautet, die Strafmilderung innerhalb des Regelstrafrahmens von einem Tag bis zu fünf Jahren festzusetzen wäre, während bei der — schwereren — Strafdrohung „Gefängnis nicht unter einem Jahr" der Richter die Strafe nur dann gemildert hätte, wenn er unter dem Betrag von einem Jahr geblieben wäre.

Diese Grundsätze müssen auch für die obligatorische Strafherabsetzung des § 50 Abs. 2 gelten. Auch diese kann nicht bedeuten, daß der Richter den Regelstrafrahmen unterschreiten müsse, weil dies bei zahlreichen Strafdrohungen ohnedies nicht zulässig wäre. Er kann daher der Anordnung des § 50 Abs. 2 auch dadurch entsprechen, daß er innerhalb des Regelstrafrahmens eine Strafe festsetzt, die der obligatorischen Strafmilderung des § 50 Abs. 2 Rechnung trägt. Die Höchststrafe liegt dann um eine Einheit unter der normalen Höchststrafe. Die Gefahr einer solchen Entscheidung liegt allerdings darin, daß eine obligatorische Strafmilderung innerhalb des Regelstrafrahmens von den Gerichten nicht immer hinreichend deutlich gemacht werden kann. Der Gesetzgeber hätte wesentlich besser daran getan, wenn er als Form einer obligatorischen Strafherabsetzung die Begrenzung des Regelstrafrahmens nach oben gewählt hätte, also z. B. bestimmt hätte, daß bei einer Gefängnisstrafe für den Fall des § 50 Abs. 2 höchstens zwei oder drei Jahre Gefängnis verhängt werden dürfen.

Diese Problematik besteht freilich nur für die Fälle einer zeitigen Freiheitsstrafe bzw. einer nur relativ bestimmten Strafdrohung. Bei absoluten Strafdrohungen, die sich im StGB nur in §§ 211, 220 a finden, gibt es keinen Strafrahmen, so daß hier aus § 44 Abs. 2 der Schluß zu ziehen ist, daß bei obligatorischer Strafherabsetzung an die Stelle der lebenslangen Zuchthausstrafe eine zeitige treten muß.

---

[1] *BGHSt* 1, 368 (= JZ 52, 85; dazu *Welzel* JZ 52, 72); 5, 81; *Baumann*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1966, S. 574; *Mezger* in LK, § 50 Anm. 9; *Schönke-Schröder*, 13. Aufl., § 50 Nr. 23; *Schwarz-Dreher*, 29. Aufl., § 50 Anm. 3.

[2] *BGHSt* 5, 81.

[3] Vgl. *Schönke-Schröder*, § 44 Anm. 3.

II.

Die zweite bedeutsame Änderung innerhalb des § 50 besteht in der Erweiterung der Umstände, die für die Höhe der Bestrafung der einzelnen Beteiligten maßgeblich sein können. Die Rechtsprechung hatte aus der Formulierung des § 50 Abs. 2 a. F. „... persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse" den Schluß gezogen, daß es sich um Momente von einer gewissen Beständigkeit handeln müsse, daß also § 50 Abs. 2 nicht anwendbar sei, wenn ein Straftatbestand die Höhe der Bestrafung von dem Vorhandensein bestimmter (nur vorübergehend bestehender) Absichten oder Tendenzen abhängig mache[4]. Sei dies der Fall, so müsse vielmehr das Prinzip der Akzessorietät gelten, den Anstifter und Gehilfen, der selbst ohne eine entsprechende Absicht oder Tendenz gehandelt hat, also die erhöhte Strafe des Täters treffen, sofern er von dem Vorhandensein jener subjektiven Einstellung des Haupttäters Kenntnis gehabt habe.

Indem § 50 Abs. 2 nunmehr unter dem Oberbegriff „besondere persönliche Merkmale" außer den Eigenschaften und Verhältnissen auch die persönlichen „Umstände" erwähnt, enthält er eine deutliche Entscheidung des Gesetzgebers für die im Schrifttum[5] schon immer vertretene weitere Auslegung, wonach auch nur vorübergehende Absichten, Tendenzen und Motive in den Wirkungsbereich des § 50 einzubeziehen seien. Wird z. B. die Strafe erhöht, weil der Täter aus Eigennutz gehandelt hat, so trifft den Teilnehmer, der ohne eine entsprechende Tendenz gehandelt hat, nicht die erhöhte, sondern die normale Strafe. Dies kann auf Grund der Neufassung des § 50 schwerlich mehr in Zweifel gezogen werden und gilt wegen der einheitlichen Definition der persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 gleichermaßen für strafbegründende wie für strafmodifizierende oder -ausschließende Merkmale.

Dennoch ist nicht zu erkennen, daß die Problematik der persönlichen Merkmale in § 50 nicht einheitlich verstanden werden kann. Macht nämlich der Gesetzgeber die Strafbarkeit einer Handlung davon abhängig, daß sie von einer bestimmten Person vorgenommen wird, so prägt dies nahezu immer auch die Tat als solche. Der Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 336) kann z. B. nicht allein als eine Bestimmung verstanden werden, die die besondere Stellung eines Beamten oder Schiedsrichters betrifft, sondern kennzeichnet zugleich den besonders gefährlichen und staatsschädigenden Charakter der in § 336 beschriebenen Handlung. Das gleiche gilt etwa für die Verfolgung Unschuldiger (§ 345). Daraus ergibt sich, daß nur eine Einzelanalyse der verschiedenen Sonderdelikte eine Entscheidung darüber ermöglicht, ob im konkreten Fall ein tat- oder täterbezogenes Merkmal vorliegt. Die Aufgabe des § 50 Abs. 2, die Täterstrafe für denjenigen zu beseitigen, der selbst nicht Täter hätte sein können, bedingt jedenfalls seine Anwendung in allen Fällen, in denen die persönliche Stellung des Haupttäters jedenfalls auch eine das Unrecht der Tat bestimmende Rolle spielt.

III.

Um nun die Frage entscheiden zu können, welche Bedeutung der Neufassung des § 50 für die Verjährung nach § 67 im Rahmen der Tötungsdelikte zukommt, ist zuvor erforderlich, das Verhältnis der §§ 211, 212 zueinander zu klären. Denn je nachdem, ob man in den Merkmalen, die eine Tötung zum Mord machen, strafbegründende oder straferhöhende Umstände erblickt, würde für die Teilnahme an Tötungsdelikten § 50 Abs. 2 oder Abs. 3 Anwendung zu finden haben.

Die Rechtsprechung des *BGH* hat stets an dem Grundsatz festgehalten, daß sich Mord und Totschlag als begrifflich verschiedene Formen vorsätzlicher Tötung gegenüberstünden und deshalb die den Mord ergebenden Umstände des § 211 eine strafbegründende Natur besäßen[6]. Der Mord wird daher nicht als ein schwerer Fall des Totschlags angesehen, sondern als etwas von diesem Verschiedenes und begrifflich Selbständiges.

Von der Richtigkeit dieser Ausgangsthese hängt die Entscheidung darüber ab, ob bei der Teilnahme am Mord der Grundsatz der Akzessorietät Anwendung zu finden hat und damit wegen der strafbegründenden Natur dieser Umstände § 50 Abs. 2 gilt oder ob diese Fälle nach § 50 Abs. 3 zu behandeln sind, weil es sich um Umstände handelt, die die Strafbarkeit lediglich für die in § 211 genannten Fälle erhöhen.

Folgt man dem *BGH*, so ist es in der Tat folgerichtig, wenn er in den Merkmalen des § 211 solche strafbegründender Natur gesehen und auf Grund dieser Tatsache Akzessorietätsregeln angewendet hat. Man mußte dann dem Teilnehmer am Mord die Tat des Haupttäters in vollem Umfang anlasten, auch wenn er selbst diese Umstände nicht verwirklichte, sofern er nur das Vorliegen der konstituierenden Voraussetzungen des § 211 beim Haupttäter gekannt hatte. Dies bedeutete zugleich, daß die absolute Strafdrohung des § 211 schlechthin auch für den Teilnehmer galt, und zwar auch für den Gehilfen, da die fakultative Strafmilderung des § 49 i. V. mit § 44 an der Tatsache nichts zu ändern vermochte, daß die regelmäßige Strafe für Teilnahme am Mord die lebenslange Zuchthausstrafe war. Für die Verjährung wurde dies allgemein dahin verstanden, daß nach § 67 Anstiftung wie Beihilfe wegen der lebenslangen Zuchthausstrafdrohung unter einer Verjährungsfrist von 20 Jahren standen[7].

Legt man diese Auffassung des *BGH* über das Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander weiterhin zugrunde, so könnte in der Tat nunmehr die Anwendung des für strafbegründende Tatbestandsmerkmale geltenden § 50 Abs. 2 zu anderen Ergebnissen führen. Greift nämlich § 50 Abs. 2 i. V. mit § 44 Abs. 2 zugunsten eines Teilnehmers ein, so kann dies nur zur Folge haben, daß für diese Teilnehmer am Mord an die Stelle der lebenslangen Zuchthausstrafe eine solche nicht unter drei Jahren tritt, daß also insoweit für Anstifter und Gehilfen die lebenslange Zuchthausstrafe unter keinem Aspekt mehr als angedroht betrachtet werden kann. Denn eine Strafe, die nicht verhängt werden darf, kann auch nicht angedroht sein.

Das aber würde im Rahmen des § 67 zu der Konsequenz führen, daß die Verjährung für Teilnahme am Mord bereits nach Ablauf von 15 Jahren eingetreten ist. Diese Tatsache ist auch, solange für Beihilfe und Versuch die obligatorische Strafmilderung bestand, für die ganz überwiegende Meinung niemals zweifelhaft gewesen. Der Zwang zur Herabsetzung der Strafe bedeutet eben bei absolut bestimmten Strafen eine inhaltliche Veränderung der Strafandrohung, so daß die abweichende Meinung von *Liszt-Schmidt*[8] im geltenden Recht keine Stütze findet.

Zugunsten welcher Teilnehmer aber § 50 Abs. 2 diese Folge haben wird, hängt von der Entscheidung der Frage ab, welche der in § 211 genannten Umstände als persönliche Merkmale i. S. des § 50 Abs. 2 angesehen werden können. Bei der Heimtücke[9] und bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln würde diese Frage wohl eindeutig zu verneinen sein. Für die erste und dritte Gruppe des § 211 dürfte dies jedoch kaum bestritten werden können.

Zwar hat das Bundesjustizministerium in Presseverlautbarungen den Standpunkt eingenommen, daß die niedrigen Beweggründe des § 211 tatbezogen seien und damit § 50 Abs. 2 nicht zur Anwendung komme. Es hat sich dabei auf die Judikatur des *BGH* berufen, jedoch zu Unrecht. Die Entscheidung *BGHSt* 17, 216 enthält zu dieser Frage keine ausdrückliche Stellungnahme, sondern bezieht sich auf *BGHSt* 1, 368 (= JZ 52, 85; dazu *Welzel* JZ 52, 72). In dieser Entscheidung hat aber der *BGH* an keiner Stelle den Standpunkt eingenom-

[4] Vgl. insbes. *RGSt* 56, 26.

[5] Vgl. *Mezger* in LK, § 50 Anm. 10 a. E.; *Schönke-Schröder*, 13. Aufl., § 50 Anm. 15; *Schwarz-Dreher*, 29. Aufl., § 50 Anm. 2 A; *Welzel* JZ 1952, 74.

[6] *BGHSt* 1, 368; 2, 255; 6, 330; 9, 385, 389 (= JZ 57, 385, 386 mit Anm. v. *Jescheck*).

[7] Vgl. *Schönke-Schröder*, § 67 Anm. 20; *Schwarz-Dreher*, § 67 Anm. 2 A.

[8] Lehrbuch des Strafrechts, 25. Aufl., § 77 I.

[9] Vgl. hierzu i. S. des Textes: *BGHSt* 5 StR 689/68 v. 14. 1. 1969 (noch nicht veröffentlicht).

men, daß die niedrigen Beweggründe allein die Tat des Mörders als besonders schwerwiegend kennzeichneten. Dies wäre auch offensichtlich unrichtig, da die gewinnsüchtige Absicht (z. B. des § 133 Abs. 2) stets als Muster einer persönlichen Strafmodifizierung angeführt worden ist. Für die Habgier des § 211 würde dann nichts anderes gelten können, und das gleiche muß für alle Motive angenommen werden, die eine Tötung nach § 211 zum Mord machen. In *BGHSt* 1, 371 ging es vielmehr um die Feststellung, daß die niedrigen Beweggründe den Unrechtsgehalt der Tat bestimmen und nicht die Schuld. Diese Feststellung mag für § 50 Abs. 1, worauf sie sich in der Entscheidung des *BGH* bezieht, diskutabel sein. Sie gilt jedoch ganz sicher nicht im Rahmen des § 50 Abs. 2, da die persönlichen Merkmale keineswegs solche zu sein brauchen, die die Schuld des Täters betreffen. Vielmehr gilt § 50 auch für Umstände, die das Unrecht der Tat modifizieren, und er ist auch niemals anders verstanden worden, wie seine Anwendung auf die unechten Amtsdelikte, bei denen unzweifelhaft eine Unrechtsmodifizierung vorliegt, beweist.

IV.

Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung des *BGH*, der Mord und Totschlag als begrifflich selbständige Fälle vorsätzlicher Tötung ansieht, hat die im Schrifttum absolut vorherrschende Auffassung den § 211 als eine Strafschärfung gegenüber § 212 verstanden und sich deshalb die Frage vorgelegt, in welchem Umfang § 50 Abs. 2 a. F. auf die einzelnen (straferhöhenden) Umstände des § 211 anwendbar sei. Dies hängt davon ab, in welchem Umfang man die Merkmale des Mordes als persönliche im Sinne des § 50 anerkennt, eine Frage, die überwiegend schon nach altem Recht dahin beantwortet worden ist, daß für die erste und dritte Gruppe § 50 Abs. 2 a. F. für anwendbar erklärt wurde, während dies für die mittlere Gruppe (heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln) abgelehnt worden ist[10].

Soweit danach § 50 für die Mordmerkmale anzuwenden ist, ist im Einzelfall danach zu unterscheiden, bei welchem der Beteiligten diese Merkmale vorgelegen haben.

Begeht z. B. der Haupttäter einen Mord, ohne daß bei Anstifter und Gehilfen die qualifizierenden Umstände vorgelegen haben, so unterstehen letztere wegen § 50 Abs. 3 den Strafsätzen des § 212, während der Haupttäter aus § 211 verurteilt wird. Umgekehrt kann aber dann auch ein Anstifter oder Gehilfe aus § 211 verurteilt werden, obwohl der Haupttäter nur wegen eines Totschlags verurteilt wird. In dem vom *BGH* in *BGHSt* 1, 368 als Anstiftung zum Totschlag gewürdigten Fall müßte daher der Anstifter aus § 211 verurteilt werden, während bei den Haupttätern nur Totschlag angenommen worden ist.

In diesem Fall hatte bei Kriegsende, als alliierte Truppen eine deutsche Ortschaft besetzt hatten, der Täter Soldaten dieser Einheit aufgefordert, einen deutschen Polizeibeamten zu verhaften und zu erschießen, und wahrheitswidrig angegeben, der Denunzierte habe mehrere Fremdarbeiter erschossen. Die Soldaten kamen ohne weiteres der Aufforderung des Angeklagten nach.

Der *BGH* konzedierte, daß der Angeklagte aus niedrigen Beweggründen gehandelt habe, nahm jedoch dennoch nur Anstiftung zum Totschlag, als den er die Tat der Soldaten würdigte, an, weil im Verhältnis der §§ 211, 212 zueinander die oben gekennzeichneten Beziehungen bestünden.

Von seinem Standpunkt aus scheint das Ergebnis des *BGH* folgerichtig zu sein. Es fragt sich jedoch, ob diese Rechtsprechung richtig war oder ob nicht in diesem Fall — ohne Rücksicht auf § 50 alter oder neuer Fassung — aus allgemeinen Erwägungen der „Teilnehmer" als mittelbarer Täter eines Mordes anzusehen gewesen wäre. Denn er erfüllt in seiner Person die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 211, die, wie er weiß, beim Werkzeug nicht vorliegen. Bei dem ähnlichen Fall, wenn bei einem echten Amtsdelikt der Beamte sich eines Nichtbeamten zur Ausführung der Tat bedient, wird dieses Ergebnis auch kaum streitig sein.

V.

Zusammenfassend läßt sich also für die Auswirkungen des § 50 n. F. auf die Verjährung folgendes feststellen.

1. Legt man die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag zugrunde, wie sie die Rechtsprechung bisher vorgenommen hat, so verbleibt es bei der 20jährigen Verjährungsfrist in allen Fällen, in denen innerhalb des § 211 nicht persönliche Merkmale die Tat zum Mord machen, wie bei Heimtücke oder gemeingefährlichen Mitteln. Hier gilt der Grundsatz der Akzessorietät ohne Einschränkung. Auch die Teilnahme am Mord ist hier mit lebenslanger Zuchthausstrafe bedroht.

In den Fällen dagegen, in denen es sich um strafbegründende persönliche Merkmale handelt, wie vor allem bei den Motiven der ersten Gruppe innerhalb des § 211, muß in Anwendung des § 50 Abs. 2 die Strafe gemildert werden, wenn diese Umstände zwar beim Haupttäter, nicht dagegen beim Anstifter oder Gehilfen vorgelegen haben. Dies wird bei den sogenannten Kriegsverbrecherprozessen, bei denen die Verjährung die Öffentlichkeit besonders bewegt hat, relativ selten der Fall sein. Auch die sogenannten Schreibtischtäter dürften regelmäßig ihre Taten aus niedrigen Beweggründen begangen haben.

Würde umgekehrt ein persönliches Merkmal beim Teilnehmer, nicht dagegen beim Haupttäter vorliegen, so ergibt sich aus § 50 Abs. 2 nichts gegen die bisherige Rechtsprechung[11], d. h. also Bestrafung des Teilnehmers aus § 212 und Verjährung in 15 Jahren. Nur dann, wenn man hier nach allgemeinen Grundsätzen statt Teilnahme mittelbare Täterschaft zum Mord annehmen würde, der Anstifter oder Gehilfe also, der seinerseits aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat, aus § 211 verurteilt werden müßte, würde die Tat erst in 20 Jahren verjähren.

2. Mit diesen Ergebnissen stimmen diejenigen überein, die sich bei der Anwendung des § 50 Abs. 3 auf unseren Problemkreis ergeben. Bei den Umständen des § 211, die keine persönlichen Merkmale darstellen, findet § 50 auch nach dieser Auffassung keine Anwendung.

Soweit es sich dagegen um persönliche Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 3 handelt, sind sie bei jedem Beteiligten zu berücksichtigen, bei dem sie vorliegen, so daß beim Zusammenwirken mehrerer zum Mord sowohl nur der Haupttäter wie auch nur der Teilnehmer wie endlich beide aus § 211 verurteilt werden können. Je nachdem, welcher dieser Fälle vorliegt, beträgt die Verjährungsfrist 20 oder 15 Jahre, und zwar gleichgültig, ob man in Anwendung des § 50 Abs. 3 bei einigen der Beteiligten nur zu einer Verurteilung aus § 212 kommt oder nicht.

3. Nach beiden Auffassungen sind also die kritischen Fälle nur die, in denen persönliche Merkmale im Sinne des § 50 zwar beim Haupttäter, nicht dagegen bei den Teilnehmern vorgelegen haben. Hier aber läßt sich die Konsequenz, die sich aus § 50 ergibt, nicht hinwegdiskutieren: Der Teilnehmer untersteht nur einer zeitigen Zuchthausstrafdrohung, die Verjährungszeit für seine Tat beträgt nach § 67 nur 15 Jahre.

[10] *Maurach*, Deutsches Strafrecht, 4. Aufl., S. 36; *Mezger* in LK, § 50 Anm. II; *Schaefer* in LK § 211 Anm. IV; *Welzel* JZ 1952, 75.

Die Sicherungsgrundschuld ist eine sicherungsvertraglich gebundene Grundschuld. Widersprüche der Sicherungsvertrag der Nichtakzessorietät, dann dürfte er gar nicht geschlossen werden. Die Parteien müssen – auch in ihrem internen Verhältnis zueinander – die Sachenrechte so hinnehmen, wie sie vom Gesetz gestaltet sind (Beschränkung der Vertragsfreiheit im Sachenrecht).

All diese Unstimmigkeiten lösen sich mit wünschenswerter Klarheit bei der Zulassung einer dinglichen Einrede der Sicherungsabrede. Dies erschiene nur konsequent. So ist es richtig, daß unter § 1157 auch die Einrede der Nichtvalutierung fällt, aber nicht deshalb, weil diese Einrede im Gegensatz zur Einrede der Sicherungsabrede nicht gegen die Nichtakzessorietät der Grundschuld verstieße, sondern weil auch der Einrede der Sicherungsabrede die Nichtakzessorietät nicht entgegensteht. § 1157 betrifft tatsächlich ganz andersartige Einreden als die §§ 1138, 1156. Dies führt aber nicht nur zur Zulässigkeit der Einrede der Nichtvalutierung, sondern gleichfalls zur Zulässigkeit der Einrede der Sicherungsabrede. Für *beide* Einreden gibt die andersartige Rechtsnatur der Grundschuld gegenüber der Hypothek dem § 1157 einen größeren Anwendungsbereich hinsichtlich der Grundschuld. Bei der Anwendung des § 1157 auf die Hypothek fallen unter § 1157 keine forderungsbezüglichen Einreden, weil diese bereits in §§ 1137, 1138, 1156 geregelt sind. Hinsichtlich der Grundschuld dagegen werden von § 1157 auch solche Einreden erfaßt, da auf die Grundschuld die §§ 1137, 1138, 1156 wegen der (lediglich den Bestand der Grundschuld betreffenden) Nichtakzessorietät nicht anwendbar sind. Dann kann die Grundschuld aber auch nicht an den §§ 1138, 1156 gemessen werden.

Ergebnis: Das Treueverhältnis steht einer Anwendung des § 401 auf die Sicherungsgrundschuld also nicht im Wege. Bei Zugrundelegung der herrschenden Meinung ist der Sicherungsgeber in zumutbaren Grenzen durch einzelne, dinglich wirkende Einreden geschützt, bei der Zulässigkeit der generellen Einrede der Sicherungsabrede entfällt ein persönliches Treueverhältnis ganz. Letztlich wird man damit einer Anwendung des § 401 auf die Sicherungsgrundschuld zustimmen können. Diese Lösung entspricht den Bedürfnissen des Wirtschaftsverkehrs.

Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB

Von Assessor Dr. Günther Jakobs, wiss. Assistent, Bonn

I. Die Verurteilung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher als Mörder oder Mordteilnehmer stützt sich häufig auf das Merkmal „niedriger Beweggrund" in § 211 Abs. 2 StGB.[1]) Die Rechtsprechung, die in den §§ 211, 212 StGB zwei selbständige Delikte sieht,[2]) wird bei Teilnahme zum Mord nach der Neugestaltung des § 50 Abs. 2 StGB zu prüfen haben, ob der niedrige Beweggrund als ein die Strafbarkeit für Mord begründendes Merkmal ein persönlicher Umstand i. S. des § 50 Abs. 2 StGB ist.[3]) In diesem Fall lautet die Obergrenze des Strafrahmens, aus dem die Strafe für den Teilnehmer zu nehmen ist, auf 15 Jahre Zuchthaus (§§ 50 Abs. 2, 44 Abs. 2, 14 Abs. 2 StGB). Die Verjährungsfrist für eine Tat mit dieser Strafobergrenze beträgt 15 Jahre (§ 67 Abs. 1 StGB).[4])

Neu ist das Ergebnis nur für die Lehre von der Selbständigkeit der §§ 211, 212 StGB. Sofern § 211 StGB als qualifizierter Fall des § 212 StGB angesehen wird,[5]) bestand wegen § 50 Abs. 3 StGB (§ 50 Abs. 2 StGB a. F.) dieselbe Lage schon vor Schaffung des § 50 Abs. 2 StGB n. F., und zwar nicht nur als Strafrahmenfrage, sondern als Tatbestandsfrage (§ 211 StGB oder § 212 StGB?). Bei der Auffassung, § 211 StGB enthalte tatbestandlich vertypte Schuldmerkmale,[6]) erfolgt die Teilnahmeregelung als Regelung des auch die Verjährung bestimmenden Deliktstypus nach § 50 Abs. 1 StGB.[7])

Da nationalsozialistische Gewaltverbrechen, für die die Strafe aus § 212 StGB oder aus § 211 StGB i. V. m. den §§ 50 Abs. 2, 44 Abs. 2, 14 Abs. 2 StGB zu nehmen ist, heute verjährt sind, dürfte in zahlreichen Fällen von der Interpretation des § 50 Abs. 2, 3 StGB und des Merkmals „niedriger Beweggrund" in § 211 StGB die Strafbarkeit der Mordteilnahme überhaupt abhängen. Zudem ist die Frage für die sonstigen Fälle der Mordteilnahme wegen des zur Verfügung stehenden Strafrahmens von Bedeutung.

II. Nach dem bekannten Leitsatz der Entscheidung *BGHSt.* 3, 132[8]) wird ein Beweggrund niedrig bewertet, wenn er „nach allgemeiner Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist". Dieser Rekurs auf die sittliche Bewertung wird durch den Gesetzeswortlaut nahegelegt und auch ganz allgemein vollzogen.[9]) Ob man nun für erwünscht hält, daß „in Gesinnungsmerkmalen ganz unmittelbar das sittlich-wertwidrige geistige Verhalten des Täters in seinem spezifischen Unwert als Strafvoraussetzung" genannt wird,[10]) oder ob man wegen des Verweises auf den sozialethischen Unwert eine „Einsickerung des Gesinnungsstrafrechts"[11]) befürchtet, jedenfalls führt kein Weg an der Frage vorbei, weshalb der *ethische* Unwert zu einer verschärften *rechtlichen* Reaktion nötigt.

Diese Frage ist nicht etwa vom Gesetz dahin vorentschieden, daß bei jedem verwerflichen, verächtlichen Beweggrund ein erhöhtes Strafbedürfnis besteht. Denn

1) Hanack, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, 1967, S. 10 ff. m. Nachw.

2) *BGHSt.* 1, 368, 370 ff. = NJW 52, 110; *BGHSt.* 2, 251, 255 = NJW 52, 834; *BGHSt.* 6, 229, 230 = NJW 54, 1257.

3) Dasselbe gilt für die Meinung, § 211 sei der Grundtatbestand der Tötung; seine Merkmale sind dann strafbarkeitsbegründend; Eb. Schmidt, DRZ 49, 273.

4) Abweichend allerdings Cramer, FAZ v. 10. 1. 1969, S. 2, unter Berufung auf v. Liszt; vgl. v. Liszt-Schmidt, Allg. Teil, 26. Aufl., S. 453; auch Schwarz, StGB, 1914, § 67 Anm. 1 (S. 218). Beachte in ds. Zusammenhang ferner Samson, ZRP 69, 29.

5) Engisch, GoltdA 1955, 166 f.; Maurach, Bes. Teil, 4. Aufl., S. 21, 35; Mezger-Blei, Bes. Teil, 9. Aufl., S. 14; Lackner-Maassen, StGB, 4. Aufl., § 211 Anm. 2 und § 50 Anm. 3; *LK* – Schaefer, 8. Aufl., § 211 Vorbem. II 1; Schönke-Schröder, StGB, 14. Aufl., § 211 Vorbem. 4; Welzel, Lehrbuch, 10. Aufl., S. 271; *ders.*, JZ 52, 72 ff., 73.

6) Kohlrausch-Lange, StGB, 43. Aufl., §§ 211, 212 Anm. II 2a. E., VII; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, 1958, S. 263 f.

7) Kohlrausch-Lange, aaO §§ 211, 212 Anm. XI; wohl auch *OGHSt.* 3, 115, 119.

8) NJW 52, 1026.

9) Kohlrausch-Lange, aaO §§ 211, 212 Anm. VIII 4; Lackner-Maassen, aaO § 211 Anm. 6; *LK* – Schaefer, § 211 Anm. II 1; Maurach, Bes. Teil, S. 31; Mezger-Blei, Bes. Teil, S. 18; Eb. Schmidt, DRZ 49, 243; Schmidhäuser, aaO S. 230; Schönke-Schröder, aaO § 211 Anm. 11; Stock, SJZ 47, Sp. 531 f.; Schwarz-Dreher, StGB, 30. Aufl., § 211 Anm. 1 B a; Welzel, Lehrb., S. 272.

10) Schmidhäuser, aaO S. 268.

11) Welzel, Lehrb., S. 77; ebenso Oehler, Das objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 140; H. Mayer, Strafrecht, 1967, S. 54; weitere Kritik bei Stratenwerth, Festschr. v. Weber, 1963, S. 190.

verwerflich und verächtlich ist der Beweggrund einer Tötung typischerweise[12]) und muß es sein, solange das Strafrecht *ethisches* Minimum bleibt und die Strafe ganz allgemein „nur gegen sozialethisch verwerfliche Handlungsweisen angewandt und nicht zur Erreichung ... allgemein-politischer Ziele mißbraucht werden" darf.[13]) Auch die vom *BGH*[14]) herangezogene *besondere* Verwerflichkeit und Verächtlichkeit ist als quantitative Überhöhung nur eines von vielen möglichen Kriterien, mit deren Hilfe der Bereich des überhaupt Verwerflichen und Verächtlichen beschnitten werden kann.

Das Kriterium wäre allerdings gefunden, wenn die besondere Verwerflichkeit Essentiale des Mordtypus und ungeschriebenes Merkmal des Tatbestandes wäre;[15]) jedoch setzt diese Einschränkung des Tatbestandes um ein außerrechtliches (scil. sittliches) Merkmal genau das voraus, was hier in Frage gestellt wird: die Zulässigkeit des Schlusses vom sittlichen Unwert auf die Notwendigkeit rechtlicher Reaktion. Nicht daß der Tatbestand eingeschränkt wird, sondern wie es geschieht, ist problematisch. Es gilt, das Merkmal zu finden, das den unsittlichen Beweggründen die rechtliche Bedeutung gibt. Der Versuch, die niedrigen Beweggründe durch rechtliche Gesichtspunkte zu bestimmen, hat gegenüber der herrschenden Meinung, die sich mit einer quantitativen Steigerung des sittlichen Unwerts begnügt, allerdings nur den Vorteil, den Tatbestand, der durch die unmittelbar angesprochene Sozialethik vorgeformt ist, zusätzlich auch mit Hilfsmitteln der Ebene, auf der die Reaktion (scil. die Strafe) erfolgt, auszulegen. Exakter, handfester werden die Auslegungskriterien nicht; denn der Strafzweck steht der nur in Umrissen fixierbaren Sozialethik an Unschärfe nicht nach.

Bei der Auslegung des Merkmals „niedrige Beweggründe" gibt das Gesetz durch die drei Exempel „aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier" Hilfestellung. Da nicht (mehr) anzunehmen ist, das Gesetz halte jede Befriedigung des Geschlechtstriebes für etwas an sich Niedriges, muß das Niedrige dieses Beweggrundes nicht im Ziel, sondern in dem „Mißverhältnis zwischen Anlaß zur Tat und dem Enderfolg"[16]) gesucht werden. Ebenso bei der Habgier: Das im Zeichen der Vermögensstreuung öffentlich propagierte Gewinnstreben wird dort, wo es über Leichen führt, verwerflich. Ob die Tötung Mittel oder Nebenfolge ist, ist für diese Bewertung gleichgültig. Wo das fremde Leben im Wertekatalog keinen höheren Stellenwert hat als so alltägliche Dinge wie Geschlechtsbefriedigung und Vermögensbesitz, ist eine verschärfte strafrechtliche Reaktion angebracht; denn bei diesem Täter ist das Wertbewußtsein besonders nachdrücklich zu schärfen, von ihm droht besonders hohe Gefahr – tötet er doch aus nichtigem Anlaß –, und ein Umsichgreifen solcher Taten ist gefährlicher als bei einer Tötung mit gewichtigerem Beweggrund.

Damit ergibt sich als erste Gruppe niedriger Beweggründe diejenige der Nichtigkeit des Anlasses.

Bei der zweiten Gruppe, gekennzeichnet durch das Merkmal „Mordlust", ist der Anlaß die Tötung selbst, wobei es gleich viel zählt, ob dem Tötenden hierbei jede Tötung recht ist oder nur der Tod bestimmter Personen oder Personengruppen unmittelbare Befriedigung verschafft (Tötung aus Rassenhaß, besser: Rassenvernichtungslust). Das zur erhöhten Gefährlichkeit eines Täters der ersten Gruppe Gesagte gilt erst recht für denjenigen, der nicht einmal mehr eines nichtigen Anlasses zur Tötung bedarf, für den diese vielmehr Selbstzweck ist.[17])

Damit sind zwar die enumerierten Beweggründe rechtlich plausibel gruppiert, jedoch ohne den Bereich niedriger Beweggründe zu erschöpfen. Für die heikelste Gruppe hat das Gesetz kein Beispiel angeführt: für die Fälle eines durchaus gewichtigen Beweggrundes. Daß das Gesetz eine Tötung aus nichtigem Anlaß für einen Grund verschärfter Reaktion hält, heißt nicht, daß bei nennenswertem Beweggrund nicht ein anderes, noch zu bestimmendes Merkmal dieselbe Wirkung hat; denn es sind Fälle denkbar, in denen der Täter bezogen auf die einzelne Tat mit noch beachtlicher Motivation handelt, auch diese Motivation jedoch bezogen auf seinen ganzen Plan oder auf die Planung eines Dritten, als deren Teil der Täter seinen Beitrag leistet, ihr Gewicht verliert.

Hier sind einmal die von bestimmten Tätern geplanten Massentötungen der Hitlerzeit zu nennen, die (nicht widerlegbar) den politischen Zielen einer Gruppe (oder des „Deutschen Volkes") nutzen sollten. Zum anderen geht es um einzelne Tötungen, die der Täter, ohne Weiteres zu planen, als seinen Beitrag zur Erreichung dieser politischen Ziele vollzog. Auch die Befehlsgläubigkeit als inhaltlich beliebig auffüllbare Handlungsmaxime kann niedriger Beweggrund sein. Selbst wenn der unbedingte Gehorsam gegenüber staatlichen Befehlen als fundamentaler Wert für eine staatliche Ordnung begriffen werden sollte, verliert dieser Wert doch seine Bedeutung, wenn er auf Grund der Unrechtsfolgen, die er impliziert, die zu fundierende Ordnung vorab unmöglich macht. Der Täter also, der begriffen hat, wohin in einem bestimmten Staatswesen der totale Gehorsam führt und trotzdem aus Gehorsam tötet oder zu töten hilft (zur Bestimmung des Beweggrundes genauer: weil er einen „Gehorsamsstaat" will), handelt aus nicht weniger niedrigen Beweggründen als derjenige, der die politischen Ziele des Staates und damit den Inhalt des Gehorsams bestimmt. Das gilt natürlich erst recht, wenn der Täter die „angeordnete Überzeugung" übernimmt, wenn auch eben nur als angeordnete.[18])

Bei den genannten Fällen wird vorausgesetzt, daß die Verknüpfung zwischen Tat und Ziel nicht nur bewußte Ideologisierung von Mordlust, Habgier o. ä. ist, da dann das vorgeschobene Ziel nicht Beweggrund ist (Fälle der Nichtigkeit des Anlasses). Vorausgesetzt wird nicht, daß das Ziel an sich von Gewicht ist, denn der Beweggrund kann aus doppeltem Grund niedrig zu bewerten sein: der Nichtigkeit des Anlasses und der Unrechtsfolgen wegen. Daß allerdings nicht schon jede politische Motivierung zur Tötung ein niedriger Beweggrund ist, sollte in einer Rechtsordnung, die das Widerstandsrecht positiviert hat (Art. 20 Abs. 4 GG), nicht mehr zweifelhaft sein.[19])

Wenn das solchermaßen konkretisierte Ziel nur durch eine Vielzahl von Unrechtstaten erreicht werden kann, macht die Summierung des Unrechts selbst eine anerkennenswerte Bedeutung des Beweggrundes zunichte. Das Gewicht des Beweggrundes verschwindet vor dem

12) So zutreffend SCHRÖDER, JZ 52, 526; BAUMANN bei HENKYS, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1965, S. 290.
13) WELZEL, Festschr. J. v. Gierke, 1950, S. 297.
14) *BGHSt.* 3, 132 f. = NJW 52, 1026.
15) *LK*-SCHAEFER, § 211 Anm. I 3 c mit Nachw.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO § 211 Anm. 6 mit Nachw.
16) *BGH*, NJW 54, 565.
17) Fraglich ist jedoch, ob die affektiv betonte Mordlust Gegenstand sittlicher Bewertung und damit „niedriger" Beweggrund sein kann; zweifelnd SCHMIDHÄUSER, aaO S. 228; für entlastende Wirkung MAURACH, Bes. Teil, S. 31. Vgl. hierzu auch LAMPE, Das personale Unrecht, 1967, S. 141 f.
18) BAUMANN bei HENKYS, aaO S. 292.
19) Aus diesem Grund ist ZINNS Attacke (SJZ 48, Sp. 142) gegen STOCK (SJZ 47, Sp. 533 f.) heute ohne Überzeugungskraft.

Gewicht des Unrechts, mag der Täter nun selbst dieses Unrecht ausführen oder aber – arbeitsteilig mit anderen – sich auf eine einzelne Tat beschränken wollen. Ein Beweggrund, dessen Ausführung – z. B. – Völkermord i. S. des § 220a Nr. 1 StGB mit sich bringt, kann vor dieser Folge kein respektables Format mehr haben. Es handelt sich im Ergebnis also nicht einfach um eine quantitative Überhöhung der Fälle des nichtigen Anlasses; vielmehr indiziert gerade die Einbettung des Beweggrundes zur konkreten Tat in einen eigenen oder fremden, das Unrecht der Tat übersteigenden Unrechtsplan die Niedrigkeit. Natürlich braucht dieser Plan nicht bis zum Modus der einzelnen Tatausführungen konkretisiert zu sein, sondern nur insoweit, als er auf den Beweggrund zur Einzeltat zurückwirkt, also nach seiner Quantität (vergleichbar der Absicht, eine rassische Gruppe zu zerstören, in § 220a StGB).

Der so charakterisierte niedrige Beweggrund bietet auch Anlaß zu verschärfter rechtlicher Reaktion, denn wer Beweggründe hegt, die zu weiterem Unrecht führen sollen, dessen Wertbewußtsein ist besonders nachdrücklich zu schärfen, von dem droht besonders hohe Gefahr – hat er doch jetzt schon Beweggründe für weitere Taten – und ein Umsichgreifen solcher Taten ist gefährlicher als bei einer Tötung, die nicht in einem umfassenden Unrechtsplan steht.

Die so gewonnenen drei Gruppen (Nichtigkeit des Anlasses, Mordlust, Steigerung des Unrechts als Mittel oder Folge der Verwirklichung des Motivs) lassen ein einheitliches Prinzip erkennen: Der bei der Tötung typischerweise niedrige Beweggrund wird zum Indiz für besonders hohe Strafwürdigkeit, wenn er Indiz für besondere Gefährlichkeit ist. Nur ist diese allgemeine Formel – wie üblich – weniger aussagekräftig als ihre Konkretionen.

III. Die Rechtsprechung sieht in den Mordmerkmalen keine persönlichen Merkmale. Es sei „wegen Teilnahme am Morde schon derjenige zu bestrafen, der an einer vorsätzlichen Tötung 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".[20]) Als Begründung wird gegeben, die Bewertung des Unrechts hänge auch von „inneren Merkmalen" ab,[21]) die Mordmerkmale charakterisierten „weniger den Täter als die Tat"[22]) oder die Mordmerkmale seien Tatbestandsmerkmale eines Sonderdelikts und ihre Relevanz für den Teilnehmer ergebe sich „nach den allgemeinen Grundsätzen über die Tatbeihilfe (§ 49)".[23]) Vom Standpunkt der Rechtsprechung überzeugend ist einzig die in etwa bei *BGHSt.* 2, 251, 256[24]) aus dem Beiwerk herausschälbare Begründung: Wenn § 211 StGB ein Delikt mit eigenem Unrechtsgehalt ist, sind die Mordmerkmale strafbarkeitsbegründend und § 50 Abs. 2 a. F. versagt.[25]) Die Erörterung über die Täter- und Tatbezogenheit der Merkmale des § 211 StGB war also für die Rechtsprechung nach § 50 Abs. 2 StGB a. F. letztlich nutzlos.[26]) Vielleicht sind die angeführten Entscheidungen in diesem Punkt deswegen so dürftig begründet. Insbesondere wäre es verfehlt, aus diesen überflüssigen Entscheidungsstellen für die heutige Anwendung des § 50 Abs. 2, 3 StGB eine „gesicherte" Rechtsprechung herleiten zu wollen. Nach Schaffung des § 50 Abs. 2 StGB n. F. muß das, was persönliches Merkmal ist, auch bei der Rechtsprechung zur Sonderdeliktsnatur des § 211 StGB genauer definiert werden.

Praktisch dürfte eine Reihe von Fällen unproblematisch sein, weil der Teilnehmer die niedrigen Beweggründe des Haupttäters teilt oder aber unabhängig vom Haupttäter niedrige Beweggründe aufweist. Daß auch im letzteren Fall § 50 Abs. 2, 3 StGB ausscheidet, ist nicht ganz selbstverständlich, denn der Wortlaut stellt mißverständlich auf diejenigen persönlichen Merkmale ab, welche die Strafbarkeit des *Täters* (und nicht die Strafbarkeit allgemein) begründen. Der in § 50 Abs. 2, 3 StGB ausgesprochene Satz, daß zu den Strafbarkeitsbegründenden persönlichen Merkmalen keine Akzessorietät besteht, bewirkt jedoch, daß insoweit eine Gleichrichtung von Täter und Teilnehmer nicht erforderlich ist.[27])

Insbesondere in denjenigen Fällen, in denen der Teilnehmer einer Tötung aus einem wenig gewichtigen Grund handelt, etwa um das Gefallen seines Vorgesetzten zu gewinnen oder eine Vergütung zu erlangen, liegt bei ihm selbst ein niedriger Beweggrund vor (Nichtigkeit des Anlasses), ohne daß es darauf ankäme, ob er die – z. B. – politischen Ziele, deren Erreichung die Taten dienen sollen, überhaupt kennt. Des weiteren liegt ein niedriger Beweggrund der dritten hier gebildeten Gruppe vor, wenn der Gehilfe bei an sich gewichtigem Beweggrund zu einer vorhersehbaren Vielzahl von Tötungen Beihilfe leistet.

Einen anderen Weg, die Mordmerkmale beim Teilnehmer nachzuweisen, beschreitet die Entscheidung *BGHSt.* 18, 37 ff.[28]) Danach sollen niedrige Beweggründe nicht erst dann vorliegen, wenn der Angeklagte „der nationalsozialistischen Ideologie verfallen war . . ., 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".[29]) Hierzu bemerkt Hanack zutreffend,[30]) daß die Hoffnung, nicht wegen einer Tat belangt zu werden, Beseitigung einer Hemmung, aber kein Beweggrund ist. Dem Anknüpfen fehlt ein klarer Inhalt: Ist es gleich dem „Übernehmen" der Haßinstinkte, müßte der Anknüpfende diese konsequenterweise teilen; ist es aber Hoffnung auf Straffreiheit, wird an den Beweggrund, den Haß, gerade nicht angeknüpft, sondern der Beweggrund der anderen ist gleichgültig, solange er nur Straffreiheit garantiert.[31]) Im Ergebnis ist der Entscheidung jedoch beizupflichten, und auch die Richtung der vom *BGH* gegebenen Begründung (wer

20) *BGHSt.* 2, 251, 256 = NJW 52, 834 (Entscheidung betraf Heimtücke); ebenso *OGHSt.* 1, 95, 103 (Grausamkeit); *BGHSt.* 1, 368, 371 = NJW 52, 110 (niedrige Beweggründe); *BGHSt.* 17, 215, 217 = NJW 62, 1355 (niedrige Beweggründe).

21) *BGHSt.* 1, 368, 371 = NJW 52, 110.

22) *BGHSt.* 17, 215, 217 = NJW 62, 1355; *KG*, JR 69, 64.

23) *BGHSt.* 2, 251, 256 = NJW 52, 834.

24) NJW 52, 834.

25) Baumann, Allg. Teil, 5. Aufl., S. 597; Schwarz-Dreher, aaO § 211 Anm. 4; Samson, ZRP 69, 28.

26) Verfehlt ist also insbesondere *OGHSt.* 1, 95, 103 f.

27) Soweit das Merkmal nur beim „Teilnehmer" vorliegt, handelt es sich, versteht man § 211 als Sonderdelikt, um mittelbare Täterschaft bei qualifikationslos handelndem Werkzeug; so zutreffend v. Weber, MDR 52, 266; Hardwig, GoltdA 1954, 260 f., zu *BGH*, NJW 52, 110.

28) NJW 62, 2308.

29) *BGHSt.* 18, 37, 39 = NJW 62, 2308.

30) Zur Problematik, S. 15.

31) Diese Unstimmigkeit übersieht Baumann (bei Henkys, aaO S. 291 Anm. 63) bei seinem Lob für die Entscheidung. Unveröffentlichte Urteile, die diese Rechtsprechung fortführen, bei Hanack, Zur Problematik, S. 16 ff.

selbst nicht haßt, handelt u. U. noch verwerflicher) stimmt: Das Fehlen jedes verständigen *eigenen* Anlasses zur Tat indiziert – ohne daß es auf ein Anlehnen an die Beweggründe *anderer* ankäme – den niedrigen Beweggrund und den gefährlichen Täter.[32])

Trotzdem wird, wie HANACK[33]) darlegt, der Nachweis eines niedrigen Beweggrundes selbst beim unmittelbar Handelnden oft unmöglich sein. In diesen Fällen ist die Frage, ob niedrige Beweggründe akzessorietätsfähig sind, nicht zu umgehen. Die Lösung wird dadurch erschwert, daß die Regelung des Gesetzes nicht konsequent ist. Während § 50 Abs. 3 StGB die strafschärfenden persönlichen Merkmale von der Akzessorietät ganz ausnimmt, lockert § 50 Abs. 2 StGB die Beziehung nur; wie aber ein identisches Merkmal als strafbegründendes noch (gelockert) akzessorietätsfähig sein soll, als straferhöhendes jedoch nicht mehr, ist unter systematischen Gesichtspunkten nicht verständlich. Dieses Dilemma kann dogmatisch nicht aufgelöst werden. So bleibt nur die Hoffnung, daß die Strafreduktion der Fälle des § 50 Abs. 2 StGB in prästabilierter Harmonie der Differenz zwischen Grundtatbestand und Qualifikation der Fälle des § 50 Abs. 3 StGB entspricht.

Die Lösung zur Akzessorietätsfähigkeit niedriger Beweggründe muß bei der Verschiedenheit der Merkmale, die die Niedrigkeit des Beweggrundes konstituieren, nicht unbedingt für alle drei Gruppen (s. o. II a. E.) gleich ausfallen. Sie ist aus der Analyse des Verhältnisses vom Teilnahmeakt zur Rechtsgutverletzung zu gewinnen, wobei im folgenden davon ausgegangen wird, daß der Teilnehmer nur *eine* Tötung und weitere Tötungen auch nicht mittelbar fördert.

Der Handlungsunwert, als Unwert des lenkbaren Eingriffs in ein Rechtsgut verstanden,[34]) erreicht sein Höchstmaß, wenn der Täter die Rechtsgutsverletzung sehenden Auges ansteuert. Eine Differenzierung der strafrechtlichen Reaktion auf eine solche Tat kann also nur nach Kriterien erfolgen, die jenseits von Handlungsunwert und Rechtsgutsverletzung liegen (etwa: allgemeines oder spezielles Strafbedürfnis). Oben wurde versucht, die niedrigen Beweggründe als Differenzierungsmerkmal von Mord und Totschlag auf ihre Indizfunktion für Gefährlichkeit hin zu interpretieren. Diese Gefährlichkeit als die Bewertung der generellen subjektiven Haltung des Täters zum Rechtsgut Leben ist in den Fällen der Nichtigkeit des Anlasses und der Mordlust zur Tatzeit noch persönlich, jedenfalls im objektiven Bereich noch völlig unspezifisch. Damit scheiden die ersten beiden Gruppen aus der Akzessorietät vorab aus.[35])

Schwieriger ist die Entscheidung zur dritten Gruppe (Steigerung des Unrechts als Mittel oder Folge der Verwirklichung des Motivs). Bei einer Teilnahme an Taten dieser Gruppe unterstützt der Teilnehmer nicht nur *eine* Tat eines habituell gefährlichen Täters, sondern er unterstützt den nach der Quantität bereits spezifischen ganzen Unrechtsplan. Der Plan ist zwar noch insofern subjektiv, als er die *gedanklich* ausgeformte Vorwegnahme des avisierten Geschehens ist. Das Geschehen (scil. die Unrechtsfolgen der Verwirklichung des Beweggrundes) besteht hingegen aus objektiven Rechtsgutsverletzungen. Da nun gerade die *Größe* der Unrechtsfolgen den bei jeder Tötung an sich niedrigen Beweggrund zum rechtlich besonders bedeutsamen niedrigen Beweggrund macht, kann sich der Teilnehmer von diesen Folgen nicht schon durch Verweis auf ihre subjektive Ausformung distanzieren; denn es ist gleichgültig, ob die Folgen nur geplant oder bereits (teilweise) verwirklicht sind; nicht die Art der Ausformung des Unrechts qualifiziert, sondern das Unrecht selbst.

Entscheidend ist jedoch, daß der Grund der Qualifizierung nicht darin liegt, daß das Unrecht verschiedener Taten zu einem tatbestandlichen Unrecht summiert wird (wie bei § 220a Abs. 1 Nr. 1 StGB), sondern der Mord ist in den Fällen der dritten Gruppe niedriger Beweggründe qualifiziert (oder als Sonderdelikt ausgestaltet), weil der niedrige Beweggrund, also der Unrechtsplan, auf die besondere Gefährlichkeit des Täters schließen läßt und ein Umsichgreifen solcher Beweggründe – eben wegen der Tätergefährlichkeit – besonders gefährlich ist. Diese Qualifizierung kann den Teilnehmer, der nur *eine* Tat fördert, nicht treffen,[36]) denn ein Teilnehmer handelt nie gefährlicher, als wenn er einen fest zur Tat Entschlossenen unterstützt oder einen festen Tatentschluß erregt. Die Tatentschlossenheit ist aber kein Kriterium der Differenzierung zwischen den §§ 211 und 212 StGB. Auch die den Rechtsfrieden und die rechtstreue Gesinnung korrumpierende Wirkung der Teilnahme ist Konsequenz ihres eigenen angesteuerten Effekts, erreicht also ihr Höchstmaß gleichfalls bei der Unterstützung des fest entschlossenen Haupttäters.[37])

Nun könnte eingewendet werden, daß der Teilnehmer den Unrechtsplan nicht teile, sei genau das, was jeden Teilnehmer auszeichne. Kein Teilnehmer eines Versuchs kann in die Vergünstigung des § 50 Abs. 2 StGB kommen, weil er keinen eigenen Verwirklichungswillen hatte, und kein Teilnehmer ist schon deswegen nach § 50 Abs. 2 StGB milder zu bestrafen, weil es ihm am Täterwillen fehlte; denn die genannten Momente besagen nur, daß der Teilnehmer nicht Täter ist, nicht tatherrschaftlich das Geschehen steuert. Mit der Rechtsgutsverletzung ist der Teilnehmer typischerweise nur über den Tätervorsatz (und dessen Verwirklichung) verbunden. Auch die unrechtsbegründenden oder qualifizierenden rechtsgutsverletzenden Innentendenzen (z. B. die Täuschungsabsicht in § 267 StGB oder die verfassungsfeindliche Absicht in § 88 StGB) verknüpfen den Teilnehmer mit der beabsichtigten Verletzung, da ja das vom Teilnehmer geförderte Tatstück Mittel der (weiteren) Verletzung sein soll.[38]) Beim geplanten Massenmord aber ist die eine Tötung nicht Mittel zur nächsten,[39]) vielmehr werden die Rechtsgutsverletzungen durch das subjektive Moment nur als Folgen der Verwirklichung eines bestimmten Beweggrundes katalogisiert. Wer aus einem

32) Einen vergleichbaren Weg beschreitet zu anderen Mordmerkmalen die Entscheidung *OGHSt.* 1, 321, 328.

33) Zur Problematik, S. 13–15.

34) Ob im Handlungsunrecht mehr als der rechtsgutsverletzende Akt enthalten ist, kann hier dahinstehen: an den persönlichen Momenten besteht – § 50 Abs. 2, 3 StGB – eben keine Akzessorietät.

35) Insofern ist die Ansicht in *BGHSt.* 1, 368, 371 = NJW 52, 110; *BGHSt.* 17, 215, 217 = NJW 62, 1355 sicherlich zu weit. Im Ergebnis wie der *BGH* HARDWIG, GoltdA 1954, 260; EB. SCHMIDT, DRZ 49, 273.

36) Daß die niedrigen Beweggründe generell nicht akzessorietätsfähig sind, entspricht h. L.: BAUMANN, Allg. Teil, S. 59 f.; LACKNER-MAASSEN, aaO § 50 Anm. 3; *LK* – MEZGER, § 50 Anm. 11 vorletzter Abs. a. E.; *LK* – SCHAEFER, § 211 Anm. IV 2 a; LÜDERSSEN, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 143; MAURACH, Bes. Teil, S. 36; MEZGER-BLEI, Bes. Teil, S. 20 f.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO § 211 Anm. 31, 32; SCHRÖDER, NJW 52, 650; *ders.*, SJZ 50, Sp. 563, 566; SCHWARZ-DREHER, aaO § 50 Anm. 3; WELZEL, Lehrb., S. 274; *ders.*, JZ 52, 74 f.; nach Drucklegung des Aufsatzes noch KOFFKA, JR 69, 41 ff.; SCHRÖDER, JZ 69, 132 ff.; abw. Ansichten s. Fußn. 35.

37) Abweichend allerdings v. WEBER, MDR 52, 266; zutreffend SCHRÖDER, SJZ 50, Sp. 566 Anm. 29.

38) *BGHSt.* 17, 215, 217 = NJW 62, 1355 (zur verfassungsfeindlichen Absicht) ist also im Ergebnis richtig; zustimmend MEZGER-BLEI, Allg. Teil, 12. Aufl., S. 269; MAURACH, Allg. Teil, 3. Aufl., S. 608; Bes. Teil, S. 533 mit weiteren Nachw.; generell wie hier SCHÖNKE-SCHRÖDER, aaO § 50 Anm. 16.

39) Soweit dies bei besonderen Tatgestaltungen doch der Fall ist, liegt eben nicht nur Teilnahme zu *einer* Tötung vor.

umfassenden Unrechtsplan eine Tötung fördert, trüge zu mehr als eben einer Tötung also nur dann bei, wenn die Tötung allein durch ihre Stellung im Unrechtsplan zur besonders intensiven Verletzung anwüchse. Das ist jedoch unvorstellbar.

Die Entscheidung, § 50 Abs. 2, 3 StGB bei allen niedrigen Beweggründen anzuwenden, fällt demnach nicht als Folge dogmatischer Vorentscheidungen über die mehr subjektive oder objektive Färbung des Unrechts,[40]) über die Zugehörigkeit der Beweggründe zum Unrecht oder zur Schuld[41]) oder über ihre Täter- oder Tatbezogenheit,[42]) sondern ist einzig Funktion der Gründe, aus welchen die niedrigen Beweggründe qualifizieren. Denn § 50 Abs. 2, 3 StGB gebietet, für den Teilnehmer seine Tat aus dem Geschehenskomplex herauszupräparieren. Der Qualifikationsgrund ist also der Systemgesichtspunkt, unter dem die Zugehörigkeit des Qualifikationsmerkmals zum „Teilnehmertatbestand" zu entscheiden ist. Da die Qualifizierung nicht des aktuell verletzten Lebens, sondern der Weiterungen wegen erfolgt, die die Beweggründe befürchten lassen, findet sich nur bei demjenigen, der die Beweggründe selbst aufweist, ein Grund zur verschärften Strafreaktion. Die niedrigen Beweggründe in § 211 StGB sind nicht akzessorisch.

Kurze Beiträge

Kontumazialverfahren, Anordnung des persönlichen Erscheinens und Abwesenheitsverhandlung

Das Urteil des OLG *Hamburg* v. 22. 5. 1968,[1]) dem im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung zuzustimmen ist, gibt Veranlassung zu einigen ergänzenden Bemerkungen. In der Entscheidung geht es um die Frage, welche prozeßrechtlichen Auswirkungen die – auch im Strafbefehlsverfahren zulässige[2]) – Anordnung des persönlichen Erscheinens (§ 236 StPO) hat, wenn der Angeklagte in der nach Einspruch gegen den Strafbefehl anberaumten Hauptverhandlung ausbleibt, sich jedoch durch einen Verteidiger vertreten läßt. Diese Verfahrenslage wirft zwei verschiedene Probleme auf. Einerseits ist zu fragen, ob der Einspruch des Angeklagten in einem solchen Fall nach § 412 Abs. 1 StPO verworfen werden muß. Wird das verneint, so bleibt ferner zu erwägen, ob die Anordnung des persönlichen Erscheinens jedenfalls die Folge hat, daß gleichwohl nicht in Abwesenheit des Angeklagten zur Sache verhandelt werden darf.

I. Die erste Frage wird in der Entscheidung des OLG *Hamburg* zutreffend verneint. Das Gericht bestätigt insoweit die bisherige Rechtsprechung.

1. Für das Strafbefehlsverfahren bestimmt § 412 Abs. 1 StPO, daß der Einspruch ohne Beweisaufnahme durch Urteil zu verwerfen ist, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt und auch nicht durch einen Verteidiger vertreten wird. Da der Angeklagte in dem Fall, der dem Urteil des OLG *Hamburg* zugrunde lag, seinem Verteidiger ordnungsgemäß Vertretungsvollmacht erteilt hatte – wovon das OLG jedenfalls mangels entsprechender Verfahrensrüge der Revision ausgehen durfte[3]) –, lagen die Voraussetzungen für ein Verwerfungsurteil nicht vor. Daran vermochte auch die vorangegangene Anordnung des persönlichen Erscheinens nichts zu ändern. Denn eine derartige Maßnahme des Gerichts beseitigt das dem Angeklagten in § 411 Abs. 2 StPO eingeräumte Recht, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, zwar insoweit, als er verpflichtet ist, persönlich vor Gericht zu erscheinen und als seine Anwesenheit nach § 236 StPO durch einen Vorführungs- oder Haftbefehl erzwungen werden kann. Diese Pflicht zur Anwesenheit wirkt jedoch auf § 412 Abs. 1 StPO nicht in der Weise zurück, daß der nicht erschienene Angeklagte notwendig zugleich als nicht ordnungsgemäß vertreten anzusehen wäre: § 412 Abs. 1 StPO wird durch § 236 StPO nicht „ergänzt".[4]) Das Gesetz sieht als Sanktion der Verpflichtung zur Anwesenheit, die durch die Anordnung nach § 236 StPO begründet wird, lediglich den in dieser Vorschrift normierten zwangsweisen Eingriff in die Freiheitssphäre des Angeklagten vor; es enthält jedoch keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Verletzung der Pflicht zum persönlichen Erscheinen darüber hinaus mit der Verwirkungsfolge des § 412 Abs. 1 StPO, dem Verlust des Einspruchs, geahndet werden soll. Demgemäß ist es einhellige – freilich selten näher begründete – Meinung in Literatur und Rechtsprechung, daß das Erscheinen des Verhandlungsvertreters die Säumnisfolgen des § 412 Abs. 1 StPO auch bei Anordnung des persönlichen Erscheinens ausschließt.[5])

2. Wenn an diesem gesicherten Ergebnis überhaupt Zweifel aufkommen können, so nur deshalb, weil die Rechtslage bei § 329 Abs. 1 StPO, dem § 412 Abs. 1 StPO nach Sinn und Zweck entspricht,[6]) möglicherweise anders zu beurteilen ist. Nach § 329 Abs. 1 StPO ist die Berufung des Angeklagten „sofort zu verwerfen", wenn bei Beginn der Hauptverhandlung über das Rechtsmittel weder der Angeklagte selbst noch, sofern dies zulässig ist, ein Vertreter erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist. Die Fälle zulässiger Vertretung sind, soweit sie hier interessieren, in den §§ 232 Abs. 1, 233 Abs. 1 i. V. m. § 234 und – da die im Strafbefehlsverfahren geltende Vertretungsregelung auch für die Berufungsverhandlung nach einem dem erstinstanzlichen Urteil voraufgegangenen Strafbefehl gilt[7]) – in § 411 Abs. 2 StPO aufgeführt. Welchen Einfluß hat nun die Tatsache, daß das Berufungsgericht das persönliche Erscheinen des Angeklagten angeordnet hat, auf das Kontumazialverfahren nach § 329 Abs. 1 StPO?

Einige Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur erwecken den Eindruck, als könne die Anordnung des persönlichen Erscheinens auch in den Fällen, in denen an sich eine Vertretung des Angeklagten zulässig ist, dazu führen, daß die Berufung nach § 329 Abs. 1 StPO verworfen werden muß, wenn der Angeklagte selbst nicht erscheint.[8]) Das trifft jedoch nicht zu. Allein den Bestimmungen der §§ 232, 233, 411 Abs. 2 StPO ist zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die Verwerfung der Berufung zulässig ist, wenn sich der selbst nicht genügend entschuldigte Angeklagte durch seinen Verteidiger vertreten läßt; § 236 StPO besagt darüber nichts und modifiziert insoweit auch nicht die Vorschriften über die Zulässigkeit der Vertretung. Handelt es sich z. B. um eine „Bagatellsache" i. S. des § 232 Abs. 1 StPO, in der das Berufungsgericht das persönliche Erscheinen des Angeklagten angeordnet hat und läßt sich dieser – ohne daß sein Ausbleiben genügend entschuldigt ist – in der Berufungsverhandlung durch einen Verteidiger

40) *BGHSt.* 1, 368, 371 = NJW 52, 110.
41) Kohlrausch-Lange, aaO §§ 211, 212 Anm. XI.
42) *BGHSt.* 17, 215, 217 = NJW 62, 1355; die Tatbezogenheit der Absicht besteht doch allein darin, daß *der Täter* sie realisieren will.

1) NJW 68, 1687.
2) Vgl. Löwe-Rosenberg, 21. Aufl. 1965, § 411 Anm. 6a m. w. Hinw.; *BGHSt.* 9, 356 = NJW 56, 1727.
3) Der Mangel der ordnungsgemäßen Vertretung ist zwar eine Voraussetzung für die Verwerfung des Einspruchs, jedoch keine von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraussetzung. Vgl. Busch, JZ 63, 460; *BGHSt.* 15, 288 = NJW 61, 567 (für die Parallelvorschrift § 329 Abs. 1 StPO); OLG *Hamburg*, NJW 65, 315.
4) Vgl. Müller-Sax (KMR), 6. Aufl. 1966, § 412 Anm. 2a.
5) Vgl. Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, 37. Aufl. 1961, § 412 Anm. 2; Löwe-Rosenberg, § 412 Anm. 2h; Müller-Sax (KMR), § 412 Anm. 2a; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Nachtragsband I, 1967, § 412 Rdnr. 5; Schorn, Das Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, 1962, S. 119 f.; Schwarz-Kleinknecht, 27. Aufl. 1967, § 412 Anm. 4 A; OLG *Dresden*, HRR 1937 Nr. 1064; OLG *Bremen*, NJW 62, 1735.
6) Vgl. Busch, aaO; Schwarz-Kleinknecht, § 412 Anm. 1.
7) H. Rspr. seit *RGSt.* 66, 70. Vgl. Müller-Sax (KMR), § 329 Anm. 3b; Schorn, aaO S. 120, jeweils m. w. Hinw.
8) Vgl. z. B. OLG *Düsseldorf*, JMBlNRW 55, 140; NJW 61, 89; NJW 63, 265; OLG *Schleswig*, SchlHA 64, 70; Schwarz-Kleinknecht, § 329 Anm. 3.

H/6

Staatsanwaltschaft
b. d. Kammergericht - Berlin
Eing. am 13. OKT. 1969
mit 2 Anl. – Bläts. – Bd. Akten

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja

Völkerrecht - Allgemeines (hier insbesondere Kriegshandlung, Kriegsrepressalie);

StGB §§ 50 Abs. 2, 211

a) Die meuchlerische Tötung von Zivilpersonen zur Bekämpfung einer Widerstandsbewegung im besetzten Gebiet war keine rechtmäßige Kriegshandlung.

b) Tötungen waren als Kriegsrepressalie nicht gerechtfertigt, wenn die Besatzungsmacht sie zur Unterdrückung völkerrechtswidriger Widerstandshandlungen im besetzten Gebiet heimtückisch ausführen ließ und den Verdacht der Urheberschaft auf andere hinzulenken suchte.

c) Die heimtückische Ausführung der Tötung ist kein persönliches Merkmal des Mörders (im Anschluß an BGH Urteil vom 14. Januar 1969 - 5 StR 689/68).

BGH, Urt. v. 15. August 1969 - 1 StR 197/68 - SchwG Baden-Baden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

1 StR 197/68

URTEIL

in der Strafsache

gegen

den Verlagsleiter Hellmuth R e i n h a r d - früher Patzschke - aus Limburgerhof, geboren am 24. Juli 1911 in Unterwerschen, Kreis Weißenfels,

wegen Mordes u. a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 15. August 1969 auf Grund der Hauptverhandlung vom 12. August 1969, an denen teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Hübner
als Vorsitzender,

Bundesrichter Loesdau
Bundesrichter Dr. Mösl
Bundesrichter Pikart
Bundesrichter Dr. Pfeiffer
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt Dr. Kohlhaas
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Quenzer aus Rastatt
als Verteidiger,

Rechtsanwalt Dr. Ormond aus Frankfurt am Main
als Vertreter der Nebenkläger,

Justizangestellter Weiß
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger Frau Gunvor Sanden, Asbjörn Sanden und Frau Ester Bakken, geb. Sanden wird das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Baden-Baden vom 30. Juni 1967 im Fall Olaf Sanden (II 3 der Urteilsgründe) mit den Feststellungen aufgehoben. Insoweit wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entschei-

dung, auch über die Kosten dieser Rechtsmittel, an das Schwurgericht beim Landgericht Karlsruhe zurückverwiesen.

- Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen.

2. Auch die Revision des Angeklagten und die Revisionen der Nebenkläger Frau Haerland, Frau Roll, Arne Spangen, Eilif Hammerö, Dr. Kreilisheim und Dworsky werden verworfen. Jeder dieser Beschwerdeführer trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Dem Angeklagten wird die Untersuchungshaft seit dem 1. Juli 1967, soweit sie drei Monate übersteigt, auf die Strafe angerechnet.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord an den norwegischen Staatsangehörigen Einar Haerland, Sigurd Roll, Gunnar Spangen und Frau Sigrid Hammerö zur Gesamtzuchthausstrafe von fünf Jahren verurteilt und ihm die bürgerlichen Ehrenrechte auf drei Jahre aberkannt. Anders als die Anklage hat der Tatrichter die Mitwirkung des Angeklagten am Abtransport von 532 jüdischen Norwegern

in das Konzentrationslager Auschwitz als Beihilfe nicht zum Mord, sondern zur schweren Freiheitsberaubung gewürdigt, ferner in der Erschießung des Olaf Sanden keinen Mord, sondern einen Totschlag gesehen und deshalb insoweit das Verfahren wegen Verfolgungsverjährung eingestellt.

A.

Die Revision des Angeklagten richtet sich gegen seine Verurteilung; sie erhebt Verfahrensbeschwerden und rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I. Verfahrenshindernisse

1. Von Amts wegen ist zu prüfen, ob die Strafverfolgung der in Betracht kommenden Taten (II 2 der Urteilsgründe) verjährt ist.

Das Schwurgericht nimmt (rechtlich zutreffend, s. Abschnitt III) Beihilfe zum Mord in der Begehungsform der heimtückischen Tötung an. Die hierfür angedrohte Höchststrafe ist lebenslanges Zuchthaus. Daran hat § 50 Abs. 2 n.F. StGB nichts geändert. Heimtücke gehört nicht zu den die Strafbarkeit begründenden besonderen persönlichen Umständen, die nur dem Tatbeteiligten zuzurechnen sind, bei dem sie zutreffen. Da sie sich auf die Art der Ausführung der Tötung bezieht, ist sie vielmehr ein "tatbezogenes" Merkmal, auf das die Vorschrift keine Anwendung findet. Das hat auch der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 14. Januar 1969 - 5 StR 689/68 - (anders als im Urteil NJW 1969, 1181 Nr. 18 für die niedrigen Beweggründe und im Urteil vom 15. Juli 1969 - 5 StR 704/68 - für die Verdeckungsabsicht) angenommen.

Deshalb betrug die Verjährungsfrist nach § 67 Abs. 1 StGB a.F. 20 Jahre. Sie begann am 1. Januar 1950 zu laufen, wie § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13. April 1965 (BGBl I 315) bestimmte. Diese Vorschrift ist mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfG NJW 1969, 1059 Nr. 1). Die Strafverfolgung war daher schon bisher nicht verjährt und ist es deshalb auch weiter nicht gemäß dem nun anzuwendenden § 67 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Neufassung des 9. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1969 (Art. 3, BGBl I 1065).

2. Der vom Angeklagten angeführte Völkerrechtsgrundsatz der Gleichheit und Gegenseitigkeit ("tu quoque") gilt, wie das Schwurgericht zutreffend angenommen hat, zwischen den Staaten, hindert jedoch einen Staat nicht, seine eigenen Staatsangehörigen zur Verantwortung zu ziehen (BGHSt 15, 214, 215).

II. Verfahrensrügen

1. Anklage und Eröffnungsbeschluß gingen in tatsächlicher Hinsicht davon aus, der Angeklagte habe befehlsgemäß eine Liste der norwegischen Staatsangehörigen angelegt, die des illegalen Widerstandes gegen die deutsche Besatzungsmacht verdächtig und zur Tötung vorgesehen waren, er habe der Aktion den Namen "Blümchenpflücken" gegeben und seinen Untergebenen Weiner mit der Ausführung der Tötungen beauftragt. Im Urteil ist lediglich festgestellt, daß der Angeklagte die Akten verdächtiger Personen nach Überprüfung mit einem X bezeichnete, eine Liste zusammenstellte und diese nebst den Akten in Kenntnis ihres Verwendungszwecks an seinen Vorgesetzten weitergab (UA S. 14, 15, 23, 57). Die Revi-

sion meint hierzu, das Schwurgericht habe eine andere als die angeklagte Tat abgeurteilt und rügt deshalb die Verletzung des § 264 StPO.

Die Rüge dringt nicht durch. Die Feststellungen halten sich innerhalb des geschichtlichen Vorgangs, den die Anklage zugrunde gelegt hatte, nämlich der Mitwirkung des Angeklagten an der Tötung von vier Personen aus dem von ihm benannten Kreis der Widerstandsverdächtigen. Die Urteilsfeststellungen sind der Anklage gegenüber lediglich in tatsächlicher Hinsicht eingeschränkt.

Auch eine "Überraschung" mit neuen tatsächlichen Umständen (vgl. BGHSt 11, 88, 91) liegt nicht vor. Die Feststellungen über die Art der Mitwirkung des Angeklagten beruhen auf seiner eigenen Schilderung (UA S. 23, Sitzungsniederschrift S. 14), waren auch Gegenstand der Beweisaufnahme (z.B. Sitzungsniederschrift S. 51, 67, 76, 79, 87, 94). In der rechtlichen Beurteilung als Beihilfe zum Mord stimmen Anklage und Urteil überein. Die Revision vermißt deshalb zu Unrecht einen Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO oder eine Unterrichtung nach § 265 Abs. 4 StPO (BGHSt 19, 141, 143).

2. Unbegründet ist die Rüge einer Verletzung des § 189 GVG. Der norwegische Dolmetscher ist in der mehrtägigen Hauptverhandlung nicht mehrfach herangezogen worden, sondern vom 2. Verhandlungstag ab einheitlich so lange, als er benötigt wurde. Denn er ist ausweislich der Sitzungsniederschrift (S. 137) erst am drittletzten Verhandlungstag entlassen worden. Der Dolmetschereid bezieht sich als Voreid auf die Tätigkeit in der ganzen Hauptverhandlung, auch wenn diese mehrere Tage dauert.

3. Die Rüge einer Verletzung des § 256 Abs. 1 StPO ist unzulässig, weil die Revision nicht die Tatsachen angibt, die den Verfahrensmangel enthalten sollen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Sie führt nur an, am 12. Juni 1967 seien "unter anderem Beförderungsvorschläge und ein Ernennungsvorschlag .... verlesen worden"; die Vorschläge hätten das sittliche Verhalten des Angeklagten betroffen und außerdem einige Äußerungen über seine Persönlichkeit enthalten. Diesen Angaben ist nicht einmal mit Sicherheit zu entnehmen, um welche Vorschläge es sich handelt. Über ihren Inhalt teilt die Revision nur als ihre Ansicht mit, sie hätten Persönlichkeitswertungen enthalten; sie gibt aber nicht an, in welchen Bemerkungen sie Leumundszeugnisse sieht, die gemäß § 256 Abs. 1 StPO nicht hätten verlesen werden dürfen.

Eines Gerichtsbeschlusses über die Verlesung bedurfte es nicht (§ 238 Abs. 1 StPO).

4. Die Revision beanstandet die Verlesung von Aufzeichnungen des hingerichteten SS-Obersturmführers Fehmer, weil entgegen § 251 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO der Grund der Verlesung nicht angegeben worden und kein Gerichtsbeschluß über die Verlesung ergangen sei, auch weil die Aufzeichnungen durch "Mißhandlung, Ermüdung und Quälerei" zustande gekommen seien (§§ 136 a, 163 a Abs. 5 StPO). Die Rüge geht fehl.

a) Der Grund der Verlesung wurde in der Hauptverhandlung bekanntgegeben, da nach der Sitzungsniederschrift (S. 29) die Aufzeichnungen des "erschossenen" Kriminalrats Fehmer verlesen wurden. Darauf, daß kein Gerichtsbeschluß ergangen ist, kann das Urteil nicht beruhen. Da die Zu-

lässigkeit der Verlesung außer Frage steht (§§ 249, 251 Abs. 2 StPO), hätte auf einen Gerichtsbeschluß nicht anders verfahren werden können (BGH Urteile vom 19. Januar 1954 - 5 StR 589/53 -, vom 27. September 1955 - 1 StR 186/55 - und vom 8. November 1966 - 1 StR 423/66).

b) Die §§ 136 a, 163 a Abs. 5 StPO sind in dem Verfahren gegen den Angeklagten, für das allein sie gelten (BGH Urteil vom 11. März 1959 - 2 StR 14 und 15/59), nicht verletzt worden. An diesen - damals noch gar nicht geltenden - Vorschriften ist die Vernehmung des Kriminalrats Fehmer in dem gegen ihn gerichteten norwegischen Verfahren nicht zu messen. Die Verlesbarkeit seiner Aussagen wäre demnach durch §§ 136 a, 163 a StPO nicht ausgeschlossen. Eine Frage des § 261 StPO ist es, welcher Beweiswert diesen Angaben beizumessen gewesen wäre. Wegen seiner Fragwürdigkeit hat das Schwurgericht sie unberücksichtigt gelassen (Sitzungsniederschrift S. 117). Daher braucht der Senat hierauf nicht einzugehen.

5. Die Revision hält die Anhörung des Prof. Dr. Münch über völkerrechtliche Fragen, insbesondere über die Zulässigkeit von Repressalien für unzulässig, weil dies "nur zur internen Rechtsinformation des Gerichts" geschehen sei, er also in der Hauptverhandlung in keiner Eigenschaft aufgetreten sei, die die Strafprozeßordnung dafür vorsehe. Die Rüge ist unbegründet. Es ist dem Gericht überlassen, in welcher Weise es sich Kenntnis von den in Betracht kommenden Rechtsquellen verschafft; es ist dabei nicht wie zur Tatfrage an die Regeln des Strengbeweises gebunden (dazu Löwe/Rosenberg StPO 21. Aufl. § 244 Anm. 4 und § 249 Anm. 2; KMR 6. Aufl. S. 755; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO Teil I Rn. 377; Alsberg-Nüse, Der Beweis-

antrag im Strafprozeß 3. Aufl. S. 462 - 464; vgl. auch RGSt 39, 212, 214; 42, 54, 56).

Das Recht des Angeklagten auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt. Die Behauptung der Revision, der Angeklagte habe nicht ausreichend Zeit zu Fragen gehabt, ist unbestimmt und außerdem durch das Protokoll widerlegt.

6. Aufklärungsrüge

a) Sie kann nicht darauf gestützt werden, daß der Tatrichter ein benutztes Beweismittel nicht völlig ausgeschöpft hat (BGHSt 4, 125, 126; VRS 17, 346, 347). Wenn daher die Revision beanstandet, in der Hauptverhandlung vernommene Zeugen seien zu bestimmten Punkten nicht gehört, der Angeklagte nicht dazu befragt worden, so kann sie damit nicht durchdringen.

b) Soweit die Revision in diesem Zusammenhang die Heranziehung und Auswertung von illegalen Zeitungen und anderem Schrifttum des norwegischen Widerstandes und von schwedischen Publikationsorganen sowie die Vernehmung der Autoren vermißt, ist ihr Vorbringen unzulässig. Es fehlen genaue Angaben darüber, welche Artikel welcher Zeitungen und welche Autoren die Revision meint (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Gleiches gilt, soweit der Angeklagte Zeugen nicht namhaft gemacht hat (vgl. S. 36 der ersten Revisionsbegründung: "andere frühere SS-Richter aus Oslo").

c) Der Zeuge Seibold, dessen Nichtvernehmung der Angeklagte gleichfalls rügt, war nach Guinea (Westafrika) verzogen, seine dorthin mittels Einschreibens bewirkte

Ladung nicht nachweisbar. Seine Aussage vom 17. Mai 1966 (HA Bd. V 2069) beim Landes-Kriminalamt in Göppingen wurde "in allseitigem Einverständnis" auszugsweise verlesen (Sitzungsniederschrift S. 113), also auch mit Zustimmung des Angeklagten. Dieser hat somit selbst die Vernehmung Seibolds - neben den anderen Zeugen - nicht für notwendig gehalten. Er legt in der Revision nicht dar, inwiefern das Schwurgericht dazu gedrängt gewesen sein sollte (BGHSt 2, 168). Gleiches gilt hinsichtlich des Zeugen Morio, auf dessen Vernehmung nach Verlesung seiner Aussage gemäß § 251 Abs. 3 StPO der Verteidiger "ebenfalls" verzichtete, ohne daß der rechtskundige Angeklagte widersprach (Sitzungsniederschrift S. 69, 71).

d) Das Schwurgericht hat die Einlassung des Angeklagten, die öffentliche Bekanntgabe der Tötungen norwegischer Widerstandskämpfer sei mit Rücksicht auf Schweden unterblieben, als Schutzbehauptung behandelt (UA S. 49). Die Revision rügt, dabei habe sich das Schwurgericht in Widerspruch zu seiner Wahrannahme gesetzt, daß Hitler den Reichskommissar Terboven zu geheimen Todesurteilen "mit Rücksicht auf Schweden" ermächtigt habe. Die Rüge geht fehl. In dem Beschluß vom 23. Juni 1967 (Sitzungsniederschrift S. 113) hat das Schwurgericht allein die in das Wissen des Bundesaußenministers Willy Brandt gestellten "Tatsachenbehauptungen über norwegische Widerstandshandlungen, so wie in den aus seinem Buch zitierten Stellen dargelegt" als wahr unterstellt. Die Behauptung des Angeklagten über die Gründe, warum die Erschießungen der norwegischen Widerstandskämpfer von deutscher Seite nicht öffentlich bekanntgemacht wurden, betrifft keine solche Tatsache, sondern nur die deutsche Reaktion auf die Handlungen der Norweger.

e) Was der Beschwerdeführer sonst im Rahmen der Aufklärungsrüge vorträgt, sind unzulässige Angriffe auf die Beweiswürdigung des Tatrichters.

7. Die Revision sieht eine Verletzung des § 267 Abs. 1 StPO darin, daß bestimmte Beweistatsachen lückenhaft, unklar und widerspruchsvoll angegeben worden seien. Der Tatrichter hat jedoch dem § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO genügt. Seine Feststellungen zu den Fällen der Verurteilung enthalten alle Merkmale der Beihilfe zum Mord. Die seinen Feststellungen zugrunde liegenden Beweistatsachen im Urteil anzugeben, war er verfahrensrechtlich nicht genötigt; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO ist nur eine Sollvorschrift (BGH Urteil vom 3. Mai 1966 - 5 StR 173/66). In Wirklichkeit handelt es sich aber auch bei dem Vortrag zu diesem Punkt um Darlegungen zur Sachrüge.

8. Die Ausführungen der Revision, die eine Verletzung des § 261 StPO dartun sollen, wenden sich nur in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Schwurgerichts.

9. Der Umstand, daß das vollständige Urteil erst mehr als 4 1/2 Monate nach der Verkündung zu den Akten gelangt ist, vermag die Revision nicht zu begründen (BGHSt 21, 4).

III. Sachrüge

1. Die behaupteten Widersprüche in den Feststellungen liegen nicht vor.

Daß der Angeklagte die Tötungsbefehle innerlich

gebilligt und für richtig gehalten habe (UA S. 51), ist nicht unvereinbar mit der Feststellung (UA S. 48), er habe erkannt, daß die Tötung ohne "Notifikation" nicht rechtmäßig sei. Wenn er die Maßnahmen für "richtig" hielt, so war damit nach dem Urteilszusammenhang ihre Zweckmäßigkeit, nicht ihre rechtliche Erlaubtheit gemeint. Konsul Roll und Frau Hammerö gehörten dem Personenkreis an, der von der Gestapo der Zugehörigkeit zu einer Widerstandsorganisation verdächtigt wurde; daß dies ein Irrtum war, der sich in einem Gerichtsverfahren aufgeklärt hätte (UA S. 39, 40), steht hierzu nicht in Widerspruch. Ob die norwegischen Widerstandskämpfer zwischen friedlicher Tätigkeit und kämpferischer Aktivität "da und dort" (UA S. 39) oder - wie die Revision aus anderen Urteilsstellen entnehmen zu können glaubt - regelmäßig gewechselt haben, spielt für das Verhalten gegenüber den 4 Opfern keine Rolle, wie das Urteil rechtsirrtumsfrei darlegt (UA S. 39). Die Feststellung, Major Haerland hätte ohne weiteres in Gewahrsam genommen werden können, ist vereinbar damit, daß Widerstandskämpfer sich häufig mit der Waffe verteidigten. Daß Weiner die arglose Frau Hammerö im Steinbruch nicht dem Erschießungskommando übergab, sondern sie selbst erschoß, wußte der Angeklagte zwar vorher nicht, jedoch liegt insoweit nur eine rechtlich unerhebliche Abweichung vom Kausalverlauf vor.

2. Entgegen der Ansicht der Revision war die Tötung der 4 Opfer rechtswidrig.

a) Als rechtmäßige Kriegshandlung ist sie schon deshalb nicht anzuerkennen, weil solche Handlungen grundsätzlich Sache der Militärmacht waren; die Rechte und Pflichten des Krieges galten nur für die bewaffnete

Macht (Art. 1 und 3 der Haager Landgerichtsordnung; vgl. dazu Laun, Die Haager Landkriegsordnung, 5. Aufl. S. 98; Schätzel, Zeitschrift für Wehrrecht 1940/41, S. 209). Hier war nicht die Truppe aufgeboten, sondern es handelte sich um Maßnahmen der Geheimen Staatspolizei, die obendrein ihre Urheberschaft verschleiern und den Verdacht auf andere Täter hinlenken wollte. Das sind keine dem Kriegsgebrauch entsprechenden - rechtmäßigen - Kampfhandlungen. Um solche handelte es sich nicht einmal, wenn sie von nicht uniformierten Soldaten ausgeführt worden wären (§ 3 Abs. 1 Kriegssonderstrafrechtsverordnung = KSSVO).

Freischärler - als solche hat das Schwurgericht die Angehörigen der norwegischen "MilOrg" gemäß § 3 KSSVO angesehen (UA S. 13, 37) - waren vielmehr im kriegsgerichtlichen Verfahren abzuurteilen (§ 1 Abs. 4, § 2 Nr. 4 b Kriegsstrafverfahrensordnung = KStVO); in einem solchen konnten sie mit dem Tode bestraft werden. Zwar ermöglichte die 10. Durchführungsverordnung zur KStVO vom 23. Juni 1944 (RGBl I 145), die am 10. Juli 1944 in Kraft trat, im § 90 a KStVO Ausnahmen vom Erfordernis des gerichtlichen Verfahrens durch den Zusatz "soweit nichts anderes bestimmt ist." Eine solche allgemeine Vorschrift ist indessen in der für Gesetze oder Verordnungen vorgesehenen Form nicht verkündet worden. Der im Urteil (UA S. 14) mitgeteilte Hitlerbefehl vom 5. Juli 1944, der vor Inkrafttreten der Verordnung ergangen war, ist als Geheimbefehl nicht gesetzeskräftig (BGH Urteil vom 25. November 1964 - 2 StR 71/64). Auch die spätere Verordnung über die Errichtung von Standgerichten vom 15. Februar 1945 (RGBl I 30) hielt übrigens noch das Erfordernis eines Gerichtsverfahrens aufrecht.

Die Tötung von Freischärlern ohne Gerichtsverfahren sieht das Schwurgericht nur dann als rechtmäßige Kriegshandlung an, wenn der Freischärler beim Kampf betroffen oder auf der Flucht ergriffen wurde. Ohne Rechtsfehler verneint es das Vorliegen dieser Voraussetzungen bei den 4 Opfern. Ob sie bei Widerstandskämpfern gegeben wären, die "zwischen friedlicher Tätigkeit und kämpferischer Aktivität hin und her pendelnd" (UA S. 39) in untergründiger Kampfbereitschaft nach den Worten der Revision "potentielle aktive Partisanen" waren, kann offen bleiben. Denn die 4 Tatopfer waren zur Zeit ihrer Tötung nicht "aktionsbereit". Roll, Spangen und Frau Hammerö befanden sich im Gewahrsam der Gestapo, Haerland auf dem Heimweg. Daß diese Personen sonst der Widerstandsorganisation angehörten oder in Verbindung zu ihr standen, wie das Schwurgericht zugunsten des Angeklagten unterstellt, machte sie nicht rechtlos und überlieferte sie nicht der Tötung ohne gerichtliches Verfahren. Erst recht erlaubte das Kriegsrecht keine meuchlerische Tötung, auch nicht bei Partisanen (Art. 23 Abs. 1 b der Haager Landkriegsordnung).

b) Auch als Kriegsrepressalie war die Tötung nicht gerechtfertigt.

Eine solche Maßnahme ist jetzt durch Art. 33 Abs. 1, 3 des IV. Genfer Abkommens zum Schutz der Zivilbevölkerung vom 12. August 1949 (BGBl 1954 II 781, 917) verboten. Das Schwurgericht geht davon aus, daß zur Tatzeit eine Kriegsrepressalie erlaubt war als Beugemittel gegenüber einem Gegner, der sich nicht völkerrechtsmäßig verhielt, daß also auch unschuldige Einwohner eines besetzten Gebiets getötet werden durften, um dadurch illegale Kombattanten zur Aufgabe völkerrechtswidriger Kampfhand-

lungen zu veranlassen. Nach Ansicht des Tatrichters war aber im vorliegenden Fall eine erlaubte Kriegsrepressalie deshalb nicht gegeben, weil die Maßnahme weder vorher angedroht noch wenigstens nachher bekannt gegeben worden war ("Notifikation").

Ob dem Schwurgericht in der Begründung allenthalben beizutreten ist, kann offen bleiben. Unbestritten ist die Kriegsrepressalie eine Völkerrechtshandlung, die nur von einem Völkerrechtssubjekt (hier dem Deutschen Reich als Besatzungsmacht) vorgenommen werden durfte. Dieses mußte als Urheber erkennbar bleiben, selbst wenn es die veranlaßte Maßnahme nicht von sich aus bekanntgab; d.h. der anordnende Staat durfte nicht seine Urheberschaft verleugnen und die Tötung der Opfer als das Werk unbekannter Täter hinstellen. Sonst wäre er der Verantwortung vor dem Gegner und vor der Weltöffentlichkeit enthoben, um derentwillen die außerordentlich harte und schwer erträgliche Maßnahme schließlich hingenommen wurde. Außerdem würde der Beugezweck verfehlt (den Feind von weiterem völkerrechtswidrigem Verhalten abzuschrecken), der den eigentlichen Rechtfertigungsgrund der Kriegsrepressalie bildet. Im vorliegenden Fall ist nicht nur die Unterrichtung der Öffentlichkeit unterlassen, sondern diese absichtlich über den Urheber irregeführt worden - mit solchem Erfolg, daß sogar die eigene Behörde des Angeklagten sich täuschen ließ und Ermittlungen nach den Tätern anstellte. Erscheint aber die Tötung gar nicht als Repressalie, so kann sich keiner der Beteiligten darauf berufen, der handelnde Staat habe mit der Tötung eine Repressalmaßnahme beabsichtigt, auch wenn dieser nach einiger Zeit als Urheber entdeckt wird. Vielmehr wird offenbar, daß die Tötungen in erster Linie

der Rache und der Dezimierung der Gegner, d.h. dem "Gegenterror" (UA S. 13) dienten. Der Bundesgerichtshof hat deshalb schon in seinem Urteil vom 7. Oktober 1960 - allerdings ohne nähere Begründung - ausgesprochen, daß eine geheimgehaltene Tötung nicht als Kriegsrepressalie anerkannt werden kann (NJW 1961, 373 Nr. 16, insoweit in BGHSt 15, 214 nicht abgedruckt).

Die Meinung der Revision, die deutschen Dienststellen hätten ebenso heimlich töten dürfen wie die Partisanen, widerspricht - wie das Schwurgericht zutreffend angenommen hat - dem Art. 23 Abs. 1 b der Haager Landkriegsordnung, der es verbietet, Angehörige des feindlichen Volkes meuchlerisch zu töten. Dieses Verbot schützt nicht nur Soldaten und Zivilisten, sondern schließt auch illegale Kombattanten nicht aus.

c) Auch ein anderer Rechtfertigungsgrund ist nicht gegeben. Das gilt insbesondere für den Einwand der Notwehr, sowie den des Staats- und Kriegsnotstandes.

3. Die hiernach rechtswidrigen Tötungen hat der Angeklagte durch Kennzeichnung der Akten, durch Aufstellung einer Liste und Weiterleitung dieser Unterlagen an Fehlis gefördert in dem Bewußtsein, daß Personen aus diesem Kreis durch "silent killing" unter Ausnutzung ihrer Arg- und Wehrlosigkeit getötet werden sollten. Diese Feststellung greift die Revision mit der Behauptung an, die 4 Tatopfer seien Fehlis von anderer Seite genannt worden. Hiermit kann sie im Revisionsrechtszug nicht gehört werden (§ 337 StPO).

Die rechtliche Würdigung als Beihilfe zum Mord in jedem der vier Fälle ist bedenkenfrei.

4. Das Schwurgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, daß der Angeklagte sich nicht auf einen bindenden Befehl berufen könne.

a) Die Anweisung des Befehlshabers an den Angeklagten, ihm Widerstandsverdächtige namhaft zu machen, war kein Befehl im Sinne des § 47 Abs. 1 Satz 2 MilStGB. Darunter ist die dienstliche Anordnung eines Vorgesetzten an einen Untergebenen zu verstehen, die eine genau bestimmte Handlung oder Unterlassung gebietet und keinen Raum für eigenes Ermessen, für eine eigene Sachbeurteilung läßt (BGH LM MilStGB § 47 Nr. 3; ähnlich Urteile vom 22. Januar 1957 - 1 StR 321/56 - und vom 7. Oktober 1960 - 4 StR 242/60 - insoweit in BGHSt 15, 214 und NJW 1961, 373 Nr. 16 nicht abgedruckt). Im vorliegenden Fall war die Beurteilung, ob ein Verdacht der Teilnahme am Widerstand gegeben war, dem Ermessen des Angeklagten überlassen. Er traf also eine eigene Entscheidung und führte nicht bloß die von seinem Vorgesetzten schon getroffene Entscheidung nach dessen Befehl aus.

b) Dem Einwand des Angeklagten, er habe die heimliche Tötung norwegischer Widerstandskämpfer als Kriegsrepressalie für gerechtfertigt und daher auch den ihm erteilten Befehl für rechtmäßig und aus diesem Grunde für verbindlich gehalten, kommt hiernach nur im Rahmen eines allgemeinen Verbotsirrtums (BGHSt 2, 194 f) Bedeutung zu. Indessen hat das Schwurgericht den Einwand, wenn schon unter dem Gesichtspunkt des § 47 MilStGB, so doch im Ergebnis rechtlich zutreffend als nicht durchschlagend angesehen. Ein Irrtum über die Erlaubtheit des eigenen Tuns lag danach nicht vor, weil der Angeklagte die Maßnahmen, die er mit seinem Handeln förderte, nach

den Feststellungen als "Gegenterror", also ebenso als illegal erkannte wie die "Terrorakte" des norwegischen Widerstandes, die er für völkerrechtswidrig hielt.

Die mißverständliche Bemerkung des Urteils, der Angeklagte sei "nicht einem wie ein Tatbestandsirrtum zu wertenden Verbotsirrtum unterlegen" (UA S. 50), knüpft an die rechtlichen Darlegungen im Rahmen seiner Verteidigung an (UA S. 23, 24); sie ist deshalb unschädlich, weil dem Urteil mit Sicherheit die Überzeugung des Schwurgerichts zu entnehmen ist, daß der Angeklagte überhaupt nicht über die Unrechtmäßigkeit geirrt hat.

5. Gegen die Annahme des Schwurgerichts, ein - wirklicher oder vermeintlicher - Befehlsnotstand habe nicht vorgelegen (UA S. 50 - 52), ist rechtlich nichts einzuwenden. Der Tatrichter stellt ausdrücklich fest, der Angeklagte habe sich nicht in einer Konfliktsituation befunden, sondern sei der Anordnung bereitwillig nachgekommen.

6. Rechtlich zutreffend hat das Schwurgericht vier selbständige Beihilfehandlungen angenommen. Dem Urteil zufolge (UA S. 14, 15) überprüfte der Angeklagte die Akten der in Betracht kommenden Personen, versah u.a. diejenigen der vier späteren Opfer mit einem X, stellte befehlsgemäß eine Liste der "X-Personen" auf und reichte diese Liste an seinen Vorgesetzten weiter. Nach andern, ergänzenden Urteilsstellen leistete der Angeklagte die Beihilfe zu den Tötungen dadurch, daß er jeweils auch die Akten an Fehlis weiterleitete (UA S. 57). Dem Urteil ist demnach die Feststellung zu entnehmen, daß neben einer zusammenfassenden Liste die vom Angeklagten einzeln

überprüften Akten der späteren Opfer an seinen Vorgesetzten gelangten, wo sie auch die Grundlage für die Auswahl der zu tötenden Personen bildeten. Die Prüfung, Kennzeichnung und Weiterleitung dieser vier Akten war demnach ursächlich für die Tötung des jeweiligen Opfers. Es liegen also vier rechtlich selbständige Handlungen der Beihilfe vor.

Hiernach erweist sich die Revision des Angeklagten als unbegründet.

B.

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, wendet sich mit der Sachrüge gegen die Einstellung des Verfahrens. Sie hat nur im Fall Sanden Erfolg.

I. Zur Deportation von 532 jüdischen Norwegern kann sie nicht durchdringen. Das Schwurgericht nimmt an, der Angeklagte habe den äußeren Tatbestand der Mordbeihilfe verwirklicht; es hält aber zur inneren Tatseite nur den Vorsatz der Beihilfe zur schweren Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 2 StGB), nicht aber zum Mord für erwiesen.

1. Das Vorbringen der Revision kann das Urteil nicht zu Fall bringen. Entgegen ihrer Ansicht führt das Schwurgericht an, auf Grund welcher Tatsachen es zu diesem Ergebnis gekommen ist. Es stellt den belastenden die entlastenden Umstände gegenüber und würdigt sie dahin, daß der Angeklagte zur Tatzeit, nämlich im November 1942, von der beabsichtigten Tötung der jüdischen Bevölkerung

Europas (noch) nichts wußte. Das Schwurgericht hat in Betracht gezogen, daß dem Angeklagten die Anordnungen bekannt waren, nach denen eine Rückkehr der jüdischen Norweger in ihre Heimat ausgeschlossen war. Er hatte insoweit angegeben, er habe gemäß den ursprünglichen Plänen der national-sozialistischen Machthaber nur an eine Umsiedlung geglaubt. Der Tatrichter kommt zu der Überzeugung, daß sich die dahingehende Einlassung jedenfalls nicht widerlegen lasse. Das Gericht hat weder übersehen, daß der Angeklagte Leiter der Gestapo für Norwegen war und um die Unwiderruflichkeit der Deportation wußte, noch hat es verkannt, daß die Entlastungszeugen (wie er selbst Gestapo-Angehörige) meist ein eigenes Interesse daran hatten, ihre Kenntnis über das den Deportierten drohende Schicksal abzuleugnen. Das Schwurgericht hebt selbst hervor, es falle schwer, zu Gunsten des Angeklagten anzunehmen, daß er von der beabsichtigten Tötung der jüdischen Bürger nichts gewußt habe (UA S. 29). Wenn der Tatrichter gleichwohl, namentlich mit Rücksicht auf die Geheimhaltung in solchen Fragen auch zwischen den deutschen Behörden, einen sicheren Nachweis nicht als erbracht ansah, so hielt er sich damit innerhalb der rechtlichen Grenzen der ihm allein zustehenden Beweiswürdigung, die das Revisionsgericht hinnehmen muß (§ 337 StPO).

2. Auch im übrigen ergibt die Prüfung keinen sachlich-rechtlichen Fehler.

a) Innerhalb der Beweiswürdigung führt das Urteil an, daß "die unter II 1 aufgeführten Tatsachen der Zeitgeschichte ..... auch dem Angeklagten bekannt waren und sind" (UA S. 28). Zu den an der genannten Urteilsstelle (UA S. 8 bis 12) mitgeteilten zeitgeschichtlichen Tat-

sachen gehört auch die sog. Wannsee-Konferenz vom 20. Januar 1942 (UA S. 9); die Kenntnis des Angeklagten von der dort beschlossenen "Endlösung der Judenfrage" hält das Schwurgericht jedoch nicht für erwiesen.

Hierin liegt bloß scheinbar ein Widerspruch. Die fragliche Wendung bezieht sich nur auf den allgemein bekannten zeitgeschichtlichen Rahmen, nicht auf alle Umstände, die auf Seite 8 bis 12 des Urteils aufgeführt sind, insbesondere nicht auf solche, die unter Geheimhaltung standen. Über die Wannsee-Konferenz selbst teilt das Urteil u.a. mit, vom Protokoll seien nur 30 Ausfertigungen als geheime Reichssache gefertigt worden (UA S. 9). Bei der Urteilswendung über die Kenntnis von zeitgeschichtlichen Tatsachen handelt es sich deshalb augenscheinlich um eine Ungenauigkeit des Ausdrucks. Die Kenntnis etwa vom Ergebnis der Wannsee-Konferenz ist damit nicht gemeint. Anders ist es nicht zu erklären, daß im Anschluß daran erst die Erörterung der entscheidenden Frage beginnt, wieviel dem Angeklagten über das der jüdischen Bevölkerung zugedachte Schicksal bekannt war.

b) Einige Formulierungen des Urteils legen die Frage nahe, ob das Schwurgericht auch das Vorliegen des Eventualvorsatzes geprüft und verneint hat. So heißt es in den Feststellungen, dem Angeklagten sei nicht nachgewiesen, daß er vom Schicksal der Juden, insbesondere der Art und Weise ihrer Ermordung, und damit von der Bedeutung des Begriffs "Endlösung der Judenfrage" positive Kenntnis gehabt habe (UA S. 12). Im Rahmen der Beweiswürdigung wird angeführt, es bestünden nicht auszuräumende Zweifel am Wissen des Angeklagten um das Schicksal der Juden (UA S. 28), an der positiven Kenntnis hiervon

(UA S. 30). Zu Gunsten des Angeklagten nimmt das Schwurgericht abschließend an, daß ihm das Schicksal der Deportierten "nicht bekannt war" (UA S. 34).

Diese Wendungen scheinen sich nur auf den unbedingten Vorsatz zu beziehen. Dem Urteilszusammenhang ist jedoch zu entnehmen, daß das Schwurgericht auch das Vorliegen des bedingten Vorsatzes verneint hat.

Der Angeklagte hatte behauptet, er habe als das den jüdischen Bürgern zugedachte Schicksal ihre endgültige Deportation aus Norwegen angenommen. Bei der Prüfung dieser Einlassung hatte das Schwurgericht zu erwägen, ob im Herbst 1942 bei den damit befaßten deutschen Dienststellen bekannt war, daß die judenfeindlichen Maßnahmen auf Tötung abzielten. Das Wissen davon, daß die physische Vernichtung als Zweck der Verschleppung überhaupt im Bereich des Möglichen lag, hat sich jedoch nach Überzeugung des Tatrichters den damals mit Judenfragen befaßten Zeugen nicht sicher nachweisen lassen. Wenn das Gericht hieraus schloß, auch der Angeklagte habe über das Schicksal, das den aus Norwegen deportierten jüdischen Menschen bevorstand, nicht mehr gewußt, so ist damit gesagt, daß er auch die Möglichkeit einer Tötung nicht (nachweisbar) in Betracht zog. Das Schwurgericht sieht die Einlassung des Angeklagten zum inneren Tatbestand im wesentlichen als unwiderlegt an; nach dem Urteil gab dieser an, "er habe nicht damit rechnen können, daß die Juden ermordet werden würden, nachdem immer nur von einer Umsiedlung die Rede gewesen sei" (UA S. 21).

Dem Urteil ist demnach zu entnehmen, daß das Schwurgericht das Vorliegen jeder Art des Vorsatzes geprüft hat.

II. Zum Fall Sanden hat die Revision Erfolg.

Ohne Rechtsirrtum geht das Schwurgericht davon aus, daß der Angeklagte den wehrlosen Hotelier Sanden rechtswidrig und vorsätzlich getötet hat. Es wendet den § 211 StGB jedoch deshalb nicht an, weil es das Opfer nicht als arglos ansieht: Bei der Anwesenheit schwer bewaffneter Deutscher, unter deren Aufsicht Sanden im Keller ein verstecktes Radiogerät habe suchen müssen, sei mit Waffengebrauch zu rechnen gewesen; deshalb könne nicht festgestellt werden, er habe sich keines Angriffs versehen (UA S. 55).

Der Tatrichter verkennt hierbei den Begriff der Arglosigkeit. Diese liegt dann vor, wenn das Opfer im Tatzeitpunkt nicht mit einem Angriff auf sein Leben rechnet (BGHSt 7, 218, 221; Urteile vom 20. März 1967 - 2 StR 441/66 - und vom 15. Dezember 1967 - 4 StR 553/67). Weshalb Sanden gerade beim Wegräumen der Kartoffeln mit Waffengebrauch rechnete, legt das Urteil nicht dar. Nach den bisherigen Feststellungen ist auch nicht ersichtlich, weshalb er überhaupt einen Angriff hätte befürchten sollen. Waffen oder anderes Kriegsgerät wurden bei der ganzen Aktion nicht gefunden (UA S. 19), also auch nicht in seinem Hotel. Guten Gewissens konnte er also unbesorgt sein. Bei dieser Sachlage durfte das Schwurgericht allein aus dem Umstand, daß Sanden sich schwer bewaffneten Soldaten und SS-Leuten gegenübersah, nicht entnehmen, daß er mit seiner Erschießung rechnete. Der in BGHSt 20, 301 entschiedene Fall liegt anders; es kann also offen bleiben, ob dieser Entscheidung beizutreten wäre und ob sie sich mit Recht auf BGHSt 19, 321 und auf das Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1956 - 5 StR 434/55 - beruft.

Die Hilfserwägung, daß bei einer etwa doch vorhandenen Arglosigkeit Sandens der Angeklagte diese nicht erkannt habe, bezieht sich auf einen anderen als den festgestellten Sachverhalt. Zugleich entwertet sie die Feststellung, Sanden sei nicht arglos gewesen. Sie hat ferner deshalb keinen Bestand, weil sie, wie dargelegt, auf einem rechtsirrigen Begriff der Arglosigkeit aufbaut. Überdies bleibt das Schwurgericht jede Begründung für seine tatsächliche Annahme schuldig; zur festgestellten Sachlage steht sie in klarem Widerspruch. Nach dieser ist schlechterdings nicht zu erkennen, inwiefern der intelligente Angeklagte gemeint haben sollte, Sanden rechne damit, von ihm grundlos im Kartoffelkeller erschossen zu werden.

Die Einstellung des Verfahrens kann deshalb nicht bestehen bleiben. Wenn erwiesen wird, daß der Angeklagte Sanden heimtückisch getötet hat, so liegt ein Mord vor, der noch nicht verjährt ist (s. oben Abschnitt A I 1).

In der Sache selbst zu entscheiden, ist dem Senat verwehrt, weil entgegen der Meinung der Bundesanwaltschaft neue Feststellungen zur inneren Tatseite erforderlich sind, die nur der Tatrichter treffen darf.

C.

Die Revisionen der Nebenkläger Gunvor Sanden, Asbjörn Sanden und Ester Bakken, geb. Sanden haben aus den vorstehend angeführten Gründen (B II) mit der Sachbeschwerde Erfolg.

D.

Die Revisionen der Nebenkläger Dr. Kreilisheim und Dworsky, die sich nur auf die Einstellung des Verfahrens im Deportationsfall beziehen, dringen nicht durch. Die gerügte Verletzung sachlichen Rechts ist nicht dargetan. Zur Begründung wird auf Abschnitt B I dieses Urteils verwiesen.

E.

Auch die Revisionen der Nebenkläger Haerland, Roll, Spangen und Hammerö sind unbegründet.

Sie richten sich mit der Sachrüge gegen die Strafzumessung in den Fällen, in denen der Angeklagte verurteilt worden ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer hat das Schwurgericht nicht nur die Person des Täters, sondern auch das Gewicht der Tat in Betracht gezogen und insbesondere das Leid, das der Angeklagte den Angehörigen der Opfer zugefügt hat, strafschärfend berücksichtigt. Wenn der Tatrichter trotz der dargelegten Schärfungsgründe (UA S. 59) in jedem der von ihm angenommenen Einzelfälle auf die Mindeststrafe erkannt hat,

so liegt das im Rahmen seines Ermessens, in das der Revisionsrichter nicht eingreifen kann. Dasselbe gilt für die Bildung der Gesamtstrafe.

Hübner Loesdau Mösl

Bundesrichter Pikart und Bundesrichter Dr. Pfeiffer sind urlaubshalber ortsabwesend und können deshalb nicht unterschreiben.

Hübner

(500) 3 P (K) Js 145/65 (5/67)

B e s c h l u ß

In der Strafsache gegen

den Kammergerichtsrat a.D. Hans-Joachim
Otto Julius R e h s e ,
geboren am 27.September 1902 in Prenden
Kreis Niederbarnim,
wohnhaft in Schleswig, Bahnhofstraße 27,
- zur Zeit in der Untersuchungshaftanstalt
Moabit, Gef.B.Nr. 568/67 -,

wegen Mordes

wird der Antrag des Angeschuldigten vom 23. Februar 1967, den Vollzug des gegen ihn vom Landgericht Berlin am 8.Februar 1967 erlassenen Haftbefehls unter angemessenen Auflagen außer Vollzug zu setzen, zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Der Angeschuldigte befindet sich aufgrund des angeführten Haftbefehls seit dem 9.Februar 1967 in Untersuchungshaft. Ihm wird in dem Haftbefehl entsprechend der gegen ihn am 20.Januar 1967 erhobenen Anklage zur Last gelegt,
in der Zeit vom 29.September 1943 bis zum 28.Juli 1944 durch sieben selbständige Handlungen aus niedrigen Beweggründen einen Menschen getötet oder zu töten versucht zu haben (Verbrechen nach §§ 211, 43, 44, 74 StGB).

Er soll unter dem Vorsitz des damaligen Präsidenten des Volksgerichtshofes, Freisler, als richterlicher Beisitzer des 1. Senates des Volksgerichtshofes an Urteilen mitgewirkt haben, durch die sieben Personen zum Tode verurteilt und drei von ihnen hingerichtet worden sind. Die Vollziehung der Urteile gegen die vier Verurteilten kann nicht nachgewiesen werden. Der Angeschuldigte soll den Urteilen, die ohne ordnungsgemäße Beratung zustande gekommen sein sollen, in der Erkenntnis zugestimmt haben, daß das in der Hauptverhandlung festgestellte Verhalten der jeweiligen Angeklagten den angewandten Gesetzestatbestand auch nach damaliger Rechtsauffassung nicht erfüllte und deshalb und wegen des Verbotes grausamen und übermäßig harten Strafens die Verhängung der Todesstrafe nicht rechtfertigte, vielmehr nur der Stützung des nationalsozialistischen Regimes und der Vernichtung Andersdenkender diente.

I.

Der Angeschuldigte ist dieser ihm zur Last gelegten Taten, wie in dem erlassenen Haftbefehl im einzelnen dargelegt worden ist, aufgrund des Ergebnisses der Ermittlungen weiterhin dringend verdächtig.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft sind ebenfalls weiterhin gegeben.

Denn es besteht die Gefahr, daß der Angeschuldigte sich dem Verfahren durch die Flucht entziehen werde. Dem Angeschuldigten werden Verbrechen wider das Leben vorgeworfen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind. Bei der Stärke des dringenden Tatverdachtes, die dem Angeschuldigten als erfahrenen Juristen bewußt ist, drohen dem Angeschuldigten im Falle einer Verurteilung äußerst einschneidende, sein gesamtes zukünftiges Leben gestaltende Konsequenzen. Diese sind so schwerwiegend, daß es für den Angeschuldigten naheliegt, sich ihnen durch die Flucht zu entziehen und damit die Durchführung des Strafverfahrens sowie eine etwaige Strafvollstreckung zu vereiteln.

II.

1.) Der Angeschuldigte hat nunmehr unter dem 23. Februar 1967 durch seinen Verteidiger beantragt, den Vollzug des Haftbefehls unter angemessenen Auflagen auszusetzen. Er hat erklärt, daß er sich dem Strafverfahren stellen werde und zur Bekräftigung eine Haftsicherheit von 100.000,-- DM durch Bankbürgschaften angeboten, sowie die Bankbürgschaften der Strafkammer einreichen lassen.

Nach den von der Strafkammer erforderten Unterlagen sind diese Bürgschaften

a) über den Schwiegersohn des Angeschuldigten in Höhe von 20.000,-- DM,

b) über den Rechtsanwalt Becker in Schleswig in Höhe von 20.000,-- DM,

c) über eine Person, deren Name nicht bekannt gegeben worden ist, in Höhe von 60.000,-- DM

gestellt worden.

Im Haftprüfungstermin am 15.Februar 1967 hatte der Angeschuldigte eine Haftsicherheit von 10.000,-- DM bis 15.000,-- DM angeboten.

2.) Der Antrag war erfolglos. Die bestehende Fluchtgefahr ist nach Ansicht der Strafkammer zu groß, als daß sie durch weniger einschneidende und fluchthindernde Maßnahmen im Rahmen von § 116 StPO ausreichend vermindert oder eingeschränkt werden könnte. Auch die angebotene Haftsicherheit ändert hieran nichts.

a) Es ist zwar zutreffend, daß der Angeschuldigte seit Jahren mit strafrechtlich erheblichen Vorwürfen aus der Zeit seiner Tätigkeit als Richter am Volksgerichtshof konfrontiert worden ist.
Mehrere dieser Verfahren sind jedoch eingestellt worden. Der Angeschuldigte konnte daher wieder der Meinung sein, daß das hier gegen ihn anhängige Verfahren ein gleiches Schicksal erfahren würde. Die Tatsache, daß er im vorliegenden Verfahren mit einer An-

klageerhebung rechnen konnte, besagt demgegenüber nichts Wesentliches. Denn der Angeschuldigte brauchte in Anbetracht des Schicksals der vorangegangenen Verfahren nicht davon auszugehen, daß ein Gericht den dringenden Tatverdacht, eines Verbrechens wider das Leben und damit nach dem jetzigen Sachstand die Voraussetzungen für die Zulassung der Anklage unter Eröffnung des Hauptverfahrens, als vorliegend erachten würde. Ein konkreter Anlaß, sich mit Fluchtgedanken zu befassen, bestand daher für den Angeschuldigten in der Vergangenheit nicht. Diese Sachlage hat sich nunmehr entscheidend geändert. Der Angeschuldigte ist erstmals unmittelbar vor die möglichen Konsequenzen aus der Art und Weise, wie er sein Richteramt ausgeübt hat, gestellt worden. Die Tatsache, daß er bisher nichts getan hat, um sich dem Strafverfahren zu entziehen, ist daher ohne wesentliche Bedeutung für die vom jetzigen Standpunkt zu beurteilende Frage der Fluchtgefahr.

b) Es ist zwar auch zutreffend, daß sich der Angeschuldigte bisher in geordneten Lebensverhältnissen bewegt hat und ständig bestrebt gewesen ist, einen seinen beruflichen Fähigkeiten und Möglichkeiten entsprechenden sozialen Status aufrechtzuerhalten. Er ist unbestraft. Er befindet sich im vorgerückten Lebensalter und besitzt wenig Möglichkeiten, sich nach einer Flucht eine Existenz aufzubauen. Es kann auch davon ausgegangen werden, daß der

Angeschuldigte echte Bindungen an seine Familie hat und sich verpflichtet fühlt, für deren Unterhalt zu sorgen.

Alle diese Umstände geben jedoch keine hinreichende Gewähr dafür, daß sich der Angeschuldigte dem Strafverfahren stellen werde. Denn die den Angeschuldigten möglicherweise treffenden Folgen seines Tuns, die den Rest seines Lebens einschneidend beeinflussen können, sind überaus schwerwiegend. Es muß daher damit gerechnet werden, daß der Angeschuldigte in Anbetracht des jeden Menschen innewohnenden Selbsterhaltungstriebes jede noch so bescheidene Existenz in Freiheit einer Verurteilung und einer Vollstreckung vorziehen wird. Der Verlust der familiären Bindungen und die Unmöglichkeit für seine Familie zu sorgen sind im übrigen Folgen, die auch im Falle einer Verurteilung eintreten. Sie können daher den Anreiz zur Flucht nicht ernstlich verhindern.

Es ist in diesem Zusammenhang schließlich nicht zu verkennen, daß die Lebensführung des Angeschuldigten den gegen ihn erhobenen Tatvorwürfen nichts an Schwere nimmt. Die Vorwerfbarkeit der Tatvorwürfe kann nicht daran gemessen werden, daß der Angeschuldigte nur als sogenannter "Schreibtischtäter" anzusehen ist und nicht unmittelbar getötet hat. Es erscheint daher auch nicht zulässig, an den Angeschuldigten andere Maßstäbe anzulegen, als an einen Täter, der sich möglicherweise

eigenhändig mehrerer Verbrechen nach § 211 StGB schuldig gemacht hat.

c) Bei den Konsequenzen, die dem Angeschuldigten drohen und die in keinem Verhältnis zu etwaigen mit einer Flucht verbundenen persönlichen und wirtschaftlichen Nachteilen stehen, kann letzlich auch die angebotene Haftsicherheit trotz ihrer Höhe nach Ansicht der Strafkammer die begehrte Außervollzugsetzung des Haftbefehls nicht rechtfertigen. Es wird zwar anzunehmen sein, daß die hinter dieser Haftsicherheit stehenden Personen kein eigenes unmittelbares oder mittelbares Interesse daran haben, den Angeschuldigten der Strafverfolgung zu entziehen und nicht damit rechnen, aus den Bankbürgschaften in Anspruch genommen zu werden. Dass der Angeschuldigte dieses in ihn gesetzte Vertrauen rechtfertigt oder respektiert, kann aber unter den dargelegten Umständen nicht als sicher gelten. Der Verlust der Freiheit für den Rest des Lebens steht auch hier in keinem angemessenen Verhältnis zu einer Haftsicherheit gleich welcher Höhe, deren Verlust den Angeschuldigten nicht unmittelbar berührt.

d) Andere fluchthindernde Maßnahmen und Auflagen nach § 116 StPO stellen für einen intelligenten und ernstlich zur Flucht entschlossenen Täter gleichfalls kein unüberwindliches Hindernis dar.

Eine Aussetzung des Vollzuges des gegen den Angeschuldigten erlassenen Haftbefehls kann nach alledem unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeschuldigten, der angebotenen Haftsicherheit und der Möglichkeit der Anordnung weiterer fluchthindernder Maßnahmen bei der außergewöhnlichen Schwere der dem Angeschuldigten vorgeworfenen Verbrechen wider das Leben nicht in Betracht kommen.

III.

Die Entscheidung der Strafkammer ergeht unter Beachtung der Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht (NJW 1966,243) aufgestellt hat. Die Abwägung der gesamten Umstände dieses Falles schließt eine Haftverschonung schlechthin aus.

Der Grundsatz der "Verhältnismäßigkeit" wird durch die Entscheidung nicht verlegt, da der Angeschuldigte am 9.Februar 1967 in Haft genommen und der Beginn der Hauptverhandlung für den 5. Juni 1967 vorgesehen ist, sofern nicht ein neues Verteidigervorbringen eine veränderte Sachlage ergibt.

Die Strafkammer hat bei ihrer Entscheidung auch bedacht, daß an der Verhinderung der Entscheidung in dieser Strafsache ein besonderes Inter-

esse bestehen könnte. Denn es handelt sich um die erste Anklage gegen einen Richter des damaligen Volksgerichtshofes. Weitere Anklagen sind erst in Vorbereitung. Die Hinausschiebung einer höchstrichterlichen Entscheidung würde dem Personenkreis dienen, mit dem der Angeschuldigte auf Grund seiner langjährigen Tätigkeit am Volksgerichtshof beruflich und kollegial verbunden war. Damit besteht für den Angeschuldigten ein weiterer Anreiz zur Flucht. Es handelt sich hierbei zwar um keine "bestimmte Tatsache", die belegbar ist. Dieser Umstand kann aber die alsbaldige Ahndung der Tat gefährden und darf daher bei der Entscheidung berücksichtigt werden (BVerfG in NJw 1966, 243 (244)).

Die Strafkammer ist schließlich der Ansicht, daß auch der Verfassungsgrundsatz "der Gleichbehandlung" eine andere Entscheidung verbietet. Gerade dieser Angeschuldigte, dem nationalsozialistische Gewaltverbrechen bei Ausübung seines Richteramtes vorgeworfen werden, muß sich so behandeln lassen, wie die anderen Täter, die gleichartiger Verbrechen beschuldigt worden sind. Diesen Tätern ist aber bisher keine

Haftverschonung gewährt worden.

Berlin, den 5. April 1967

Landgericht, 8.Strafkammer

Pahl Endel Halbedel

(Krause)
Justizangestellte als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle des Landgerichts

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

1 StR 119/69

URTEIL

in der Strafsache

gegen

1. Dr. Karl Josef F e r b e r aus Nürnberg, geboren am 26. September 1901 in Landau,

2. Dr. Heinz Hugo H o f f m a n n aus Darmstadt, geboren am 13. Juni 1906 in Mainz,

wegen Totschlags

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 21. Juli 1970, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Pfeiffer
als Vorsitzender,
Bundesrichter Loesdau
Bundesrichter Dr. Mösl
Bundesrichter Pikart
Bundesrichter Strickert
als beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. Kohlhaas
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Freiherr v. Stackelberg, Karlsruhe,
als Verteidiger für den Angeklagten Dr. Hoffmann,
Justizangestellter Weiß
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Angeklagten Dr. Ferber und Dr. Hoffmann wird das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Nürnberg-Fürth vom 5. April 1968 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Schwurgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat die Angeklagten Dr. Ferber und Dr. Hoffmann wegen Totschlags zu Freiheitsstrafen von drei Jahren und zwei Jahren verurteilt. Ihnen wird zur Last gelegt, als Beisitzer eines von dem Landgerichtsdirektor Dr. Rothaug geleiteten Sondergerichts am 13. März 1942 durch eine Rechtsbeugung den jüdischen Kaufmann Katzenberger wegen Rassenschande zum Tode verurteilt zu haben. Eine gleichzeitige Verurteilung der Angeklagten wegen eines jeweils tateinheitlich begangenen Verbrechens der Rechtsbeugung ist wegen Verfolgungsverjährung unterblieben.

Gegen das Urteil haben sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Angeklagten Revision eingelegt. Die Rechtsmittel haben Erfolg.

A. Revision der Staatsanwaltschaft

Mit ihrer Revision, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, wendet sich die Staatsanwaltschaft dagegen, daß die Angeklagten nicht wegen Mordes, sondern nur wegen Totschlags verurteilt worden sind.

I. Zutreffend geht das Schwurgericht davon aus, daß unter den besonderen Merkmalen des Mordes für die Tat der Angeklagten allein ein Handeln aus niedrigen Beweggründen in Betracht kommt. Es verneint aber eine Tatmotivation

der Angeklagten, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, sieht vielmehr den tragenden Beweggrund darin, daß die Angeklagten "aus Furcht vor Rothaug und der Partei kapitulierten".

Damit ist der Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt. Einmal reichen die vom Schwurgericht bisher getroffenen Feststellungen zur Rechtfertigung der Schlußfolgerung, Furcht der Angeklagten sei das alles überdeckende Tatmotiv gewesen, nicht aus. Zum anderen ist es nicht auszuschließen, daß das Schwurgericht mögliche - niedrige - Beweggründe übersehen oder deren Tragweite verkannt hat.

Nach den Feststellungen des Urteils haben die Angeklagten - anders als der Sondergerichtsvorsitzende Rothaug - den von den Nationalsozialisten praktizierten Antisemitismus persönlich nicht gebilligt. Auch wenn sie davon ausgingen, daß dem damaligen Beschuldigten, über den sie zu urteilen hatten, als Juden nach der NS-Ideologie ohnehin jede Menschenwürde abgesprochen wurde, und sie zur Vermeidung unbequemer Auseinandersetzungen mit Rothaug dem rechtswidrigen Todesurteil in der Gewißheit zustimmten, vor nachteiligen, insbesondere strafrechtlichen Folgen bewahrt zu bleiben, hätten sie aus niedrigen Beweggründen gehandelt. Damit würden sie sich aus reiner Willkür zum Herrn über Leben und Tod des Beschuldigten aufgeworfen haben. Ein gewisser Hinweis ergibt sich insoweit bereits aus der Aussage des Angeklagten Dr. Hoffmann vor dem Schwurgericht, er habe es menschlich"unbewußt als eine

Erleichterung empfunden, daß Katzenberger als Jude ... sowieso ein toter Mann gewesen sei. Falls ein Todesurteil nicht ergangen wäre, hätte die Gestapo sich seiner angenommen und ihn zu Tode gebracht".

Schließlich läßt das Urteil des Schwurgerichts auch eine Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, ob beruflicher Ehrgeiz und Willfährigkeit gegenüber einem - gerade in Personalangelegenheiten - einflußreichen Vorgesetzten das Handeln der Angeklagten entscheidend mitbestimmt haben könnten.

1. Verschiedene Feststellungen sprechen dagegen, daß die Furcht der Angeklagten tragender Beweggrund ihres Handelns war.

Das Schwurgericht hat keine konkreten Gefahren genannt, die den Angeklagten von Seiten des Sondergerichtsvorsitzenden Rothaug gedroht hätten. Insbesondere ist nicht festgestellt, daß Rothaug in diesem oder auch in sonstigen Verfahren mit massivem persönlichen Druck oder gar der Androhung von persönlichen Folgen auf die Entscheidungsfreiheit der Angeklagten eingewirkt hat. Diese selbst haben in der Hauptverhandlung im Gegenteil übereinstimmend ausgesagt, bei der Entscheidung keinem äußeren Zwang oder Druck von Seiten Rothaugs ausgesetzt gewesen zu sein. Das "Schlimmste", was bei der Kundgabe abweichender Meinungen in der Beratung habe passieren können, wäre - auch nach der Aussage des Angeklagten Dr. Hoffmann - die mögliche Versetzung aus dem Sondergericht in eine

andere Kammer gewesen. In den Bekundungen der Angeklagten im Juristenprozeß im Jahre 1947 (Das Nürnberger Juristenurteil, 1948, S. 212 ff), auf die das Schwurgericht Bezug nimmt und in denen das autoritäre Wesen Rothaugs hervorgehoben wird, ist von persönlichem Zwang oder Drohungen gegenüber den Angeklagten ebenfalls keine Rede. Vor allem hatte im Vorverfahren der Ermittlungsrichter in einem Aktenvermerk niedergelegt, daß gegen Katzenberger ein dringender Tatverdacht wegen Rassenschande nicht mehr bestehe, und sein Vertreter hatte sich wenig später dem Ansinnen Rothaugs widersetzt, diesen vom "deutschen Objektivitätsfimmel" zeugenden Vermerk aus den Akten zu entfernen. Es ist nicht festgestellt, daß die beiden Richter wegen ihres Verhaltens bis zur Hauptverhandlung von dem Sondergericht in irgendeiner Weise zur Rechenschaft gezogen worden sind; der Ermittlungsrichter war in diesem Zwitpunkt bereits selbst zum Sondergericht versetzt worden.

2. Auch im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand drängen sich Anhaltspunkte für eine solche Motivation der Angeklagten nicht auf. Verfahren wegen Rassenschande waren häufiger. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, daß der Prozeß gegen Katzenberger für die NS-Machthaber ein derartiges Gewicht hatte, daß die Angeklagten bei Stimmabgabe für einen von ihnen als geboten erkannten Freispruch schwerwiegende persönliche Nachteile hätten befürchten müssen. Selbst in höchsten NS-Juristenkreisen wurde das Todesurteil gegen Katzenberger als gewagt angesehen; sogar Roland Freisler, der Staatssekretär im Reichsjustizministerium und spätere Präsident des Volks-

gerichtshofs, erklärte, daß er das Urteil zwar für vertretbar, aber wegen der Anwendung des § 2 VVO für kühn halte. Schließlich äußerte sich Rothaug gegenüber einem anderen Richter, von 100 Vorsitzenden hätten 99 nicht den Mut gehabt, Katzenberger zu verurteilen; er habe diesen Mut besessen.

3. Furcht als Beweggrund der Angeklagten war auch nicht notwendig aus der allgemeinen Situation der Strafrichter zur damaligen Zeit begründet.

Die nationalsozialistischen Machthaber waren im rechtlichen Bereich stets bestrebt, den Schein der Rechtlichkeit und richterlichen Unabhängigkeit tunlichst zu wahren (Weinkauff-Wagner, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, 1968, S. 160 ff., S. 360 ff.). Wurde dadurch deren Ziel einer mißbräuchlichen Benutzung des Strafrechts auch nur getarnt, so gab dieser Umstand andrerseits doch allen, die sich nicht als willfährige Diener des Unrechts mißbrauchen lassen wollten, die Möglichkeit eines Ausweichens, ohne sich allzu sehr verdächtig zu machen. Im Rahmen des unter einem totalitären Regime Menschenmöglichen konnte der Richter immer noch der Gerechtigkeit dienen. Er konnte insbesondere durch gründliche Beweisaufnahme, Vorsicht bei der Tatsachenfeststellung, mit einer weiten Anwendung des Grundsatzes "im Zweifel für den Angeklagten" und einer engen Auslegung des Tatbestands unerträgliche Folgen vermeiden, auf vertretbare, der Schuld angemessene Strafen erkennen und die Verfahrensgarantien ausschöpfen (BGH, Urteil vom 30. Juni 1959 - 1 StR 639/58 -, S. 14 ff.).

Eine Einflußnahme der Justizbehörden oder Parteistellen auf den Prozeß Katzenberger ist nicht festgestellt. Im übrigen bezog sich eine Lenkung von Verfahren nicht auf die Feststellung des tatbeständlichen Sachverhalts, sondern in der Regel nur auf die aus ihm abzuleitenden Rechtsfolgen. In einer Anordnung des Reichsjustizministeriums vom 13. Oktober 1942, also noch nach dem Urteil gegen Katzenberger, heißt es hierzu:

> "Im Kriege hat die Rechtsprechung in erster Linie der Erringung des Sieges zu dienen. Sie ist nach den staatspolitischen Notwendigkeiten auszurichten. Das kann man gegenwärtig nur durch eine einheitliche Lenkung der Justiz erreichen. Die Weisungsfreiheit des Richters wird dadurch nicht aufgehoben. Die Lenkung bezieht sich nicht auf die Feststellung des Tatbestandes, sondern auf die aus ihm abzuleitenden Rechtsfolgen" (mitgeteilt bei Weinkauff-Wagner, aaO, S. 156; s. auch S. 361 ff.).

II. Die auch damals bestehenden Möglichkeiten rechtlicher Verfahrensweise haben die Angeklagten im Verfahren gegen Katzenberger nicht genutzt, obwohl sie die Judengesetzgebung nicht gebilligt und als gesetzliches Unrecht erkannt haben, das durch eine Heranziehung der Volksschädlingsverordnung vom 5. September 1939 (RGBl. I 1679) - VVO - noch verschärft wurde. Die schriftlichen Urteilsgründe machen vielmehr das Bestreben deutlich, unter allen Umständen zur Verhängung der Todesstrafe zu kommen. Es ist auffallend, daß alle nur möglichen Umstände

und Gesichtspunkte zu Lasten Katzenbergers ausgelegt und gegen ihn gewendet wurden. Dies gilt für die Beweiswürdigung ebenso wie für die unhaltbare Auslegung der §§ 2, 4 VVO und die Strafzumessungserwägungen, bei denen letztlich die Rassenzugehörigkeit - bereits Tatbestandsmerkmal nach § 2 Blutschutzgesetz - als Strafschärfungsgrund die Todesstrafe rechtfertigen sollte. Die Tragweite dieser offenkundigen Tendenz des Sondergerichtsurteils und der hierzu getroffenen Feststellungen hat das Schwurgericht - möglicherweise infolge der Eventualerwägungen - nicht voll gewürdigt. Das hat dazu geführt, daß bei der Begründung zu der den Angeklagten angelasteten Rechtsbeugung - der Voraussetzung einer Verurteilung wegen eines Tötungsverbrechens (BGHSt 10, 294, 299) - sachliche Fehler unterlaufen sind.

1. Das Schwurgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß Rechtsbeugung durch Sachverhaltsverfälschung, durch unrichtige Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und durch Ermessensmißbrauch bei der Strafzumessung nach zutreffender Sachverhaltsfeststellung begangen werden kann. Jedoch hat es nicht konsequent beachtet, daß es sich dabei um alternative Begehungsmöglichkeiten handelt.

Das Schwurgericht sieht die Rechtsbeugung vor allem darin, daß die Angeklagten als Mitglieder des Sondergerichts in dem Verfahren gegen Katzenberger mit der Annahme mehrfachen Geschlechtsverkehrs zwischen den damaligen Beschuldigten Katzenberger und Frau Seiler, d.h. mit der Feststellung eines tatbestandserheblichen Sachverhalts i.S.

der §§ 2, 5 Abs. 2 Blutschutzgesetz vom 15. September 1935 (RGBl I 1146), bewußt gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" verstoßen hätten. Es hat hier allerdings unter begrifflicher Verkennung eine Sachverhaltsverfälschung verneint. Eine solche Verfälschung will es offensichtlich nur annehmen, wenn anstelle des festgestellten - - - - - - ein anderer Sachverhalt dem Urteil zugrunde gelegt wird. Das ist unrichtigt. Eine Sachverhaltsverfälschung liegt auch dann vor, wenn der Tatrichter bei der Beweiswürdigung den grundlegenden Beweis- und Verfahrensgrundsatz "im Zweifel für den Angeklagten" bewußt außer Betracht läßt, um trotz fehlender oder unzureichender Anhaltspunkte zu für den Angeklagten ungünstigen Feststellungen zu kommen.

2. Die Erwägungen des Schwurgerichts zur Frage einer Sachverhaltsverfälschung durch die Angeklagten sind von ihrem Ansatzpunkt her verfehlt.

Den Angeklagten wird vorgeworfen, daß sie als Mitglieder des Sondergerichts unter Beugung des Rechts durch ihre Stimmabgabe für das Todesurteil mit direktem Vorsatz den Tod des damaligen Beschuldigten Katzenberger herbeigeführt haben. Das Blutschutzgesetz (§ 5 Abs. 2) sah die Todesstrafe nicht vor. Lediglich in §§ 2, 4 VVO war die Todesstrafe als schwerste Strafart für besondere Fälle angedroht. Eine Rückwirkung dieser Verordnung auf die ihrem Erlaß vorangehende Zeit war bereits durch ihren inhaltlichen Bezug ausgeschlossen, da sie die Ausnutzung gerade der kriegsbedingten Verhältnisse erfassen sollte. Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Sachverhaltsverfälschung muß folglich die Prüfung dahin gehen, ob dem

Todesurteil des Sondergerichts die - auf tragfähige Beweisanzeichen gestützte - Überzeugung der Angeklagten zugrunde lag, daß der damalige Beschuldigte im Zeitraum vom Inkrafttreten der VVO bis März 1940 den Tatbestand der sogenannten Rassenschande unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 2, 4 VVO erfüllt hatte.

Für den Mangel einer solchen Überzeugung und damit für eine bewußte Verfälschung des Sachverhalts durch die Angeklagten sprechen, wie in dem angefochtenen Urteil klar zum Ausdruck kommt, die eindeutige Zielsetzung des Sondergerichtsverfahrens, die Urteilsbegründung des Sondergerichts und die Aussagen der Angeklagten in früheren Verfahren.

a) Verschiedene vom Schwurgericht festgestellte, aber nicht erschöpfend gewürdigte Umstände weisen darauf hin, daß in der Sache Katzenberger - für beide Angeklagte offenkundig - nur ein Scheinverfahren durchgeführt werden sollte, bei dem es dem Sondergerichtsvorsitzenden Rothaug nicht auf eine ernsthafte und erschöpfende Klärung des Tatvorwurfs, sondern lediglich auf die Vernichtung des Beschuldigten Katzenberger unter rechtlicher Tarnung ankam.

In einem Aktenvermerk vertrat der Ermittlungsrichter unter Hinweis auf die beabsichtigte Aufhebung des Haftbefehls die Auffassung, daß mangels ausreichender Indizien ein dringender Tatverdacht gegen Katzenberger zu verneinen sei. Dieser Auffassung trat der - bislang mit der Sache nicht befaßte - Sondergerichtsvorsitzende in einem von ihm veranlaßten Gespräch mit dem stellvertretenden Er-

mittlungsrichter entgegen, der jedoch in Gegenwart des Angeklagten Dr. Ferber die von Rothaug gewünschte Entfernung dieses Vermerks aus den Akten strikt verweigerte. Rothaug war daraufhin - aus fanatischem Rassenhaß heraus - bestrebt, das vor der vom Angeklagten Dr. Ferber geleiteten 4. Strafkammer anhängige Verfahren an sich zu ziehen und vor das von ihm geleitete Sondergericht zu bringen, um den Beschuldigten der Todesstrafe zuzuführen. Durch seine Anregung an die Staatsanwaltschaft, unter Ausrichtung auf ein Verbrechen gegen die VVO, dessen Aburteilung nach der Verordnung vom 21. Februar 1940 (RGBl I 405) zur ausschließlichen Zuständigkeit des Sondergerichts gehörte, weitere Ermittlungen durchzuführen, hatte er damit Erfolg.

Kennzeichnend für die eigentliche Zielsetzung des Sondergerichtsverfahrens war auch, daß gleichzeitig gegen Frau Seiler, die wegen Rassenschande nicht verfolgt werden konnte, Anklage wegen Meineides erhoben worden war, weil sie vor dem Ermittlungsrichter unter Eid geschlechtliche Beziehungen zu Katzenberger verneint hatte. Das war schon deshalb ungewöhnlich, weil dadurch eine sogenannte Arierin gemeinsam mit einem Juden auf der Anklagebank saß, was an sich tunlichst vermieden werden sollte. Wenn man ein solches Bild hier dennoch in Kauf nahm, mußte dafür schon ein sehr gewichtiger Grund bestanden haben. Dieser Grund lag auch klar auf der Hand. Durch die Erhebung der Anklage wegen Meineides wurde zunächst einmal bezweckt, Frau Seiler als unglaubwürdige Beweisperson abzustempeln. Sodann wurde durch die Einbeziehung dieser Anklage in das Verfahren Katzenberger erreicht, daß sie überhaupt als Zeugin aus-

geschaltet wurde. Damit nahm man, und darauf kam es letztlich entscheidend an, Katzenberger die nach Lage der Sache einzige Möglichkeit, die Anklage wegen Rassenschande zu Fall zu bringen, nämlich durch die gegebenenfalls wiederum eidliche Aussage der Frau Seiler in der Hauptverhandlung als Zeugin, daß zwischen ihr und Katzenberger keine geschlechtlichen Beziehungen bestanden haben. Eine solche Manipulation war in der Rechtsprechung selbst während der Zeit der Hitlerdiktatur und des Krieges, in der ohnehin der Grundsatz eines fair trial den staatspolitischen Notwendigkeiten untergeordnet wurde, ein außergewöhnlicher Vorgang.

In verschiedenen Gesprächen, zuletzt nach der Beweisaufnahme mit dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft, ließ Rothaug in Gegenwart beider Angeklagter keinen Zweifel daran, daß er unter allen Umständen gegen Katzenberger auf Todesstrafe erkennen wolle; er gab dem Staatsanwalt entsprechende Hinweise für sein Plädoyer.

Rothaug zog das Verfahren als Schauprozeß auf. Seine besonders rüde, gehässige und zynische Verhandlungsführung, die selbst bei überzeugten Nationalsozialisten als Skandal empfunden wurde, war ein - auch für die Angeklagten - untrügliches Kennzeichen dafür, daß hier unter dem Mißbrauch rechtlicher Formen Unrecht gesetzt werden sollte.

b) Das Schwurgericht hätte sich auch näher mit der - von dem Angeklagten Dr. Ferber abgesetzten - schriftlichen Begründung des Sondergerichtsurteils auseinander-

setzen müssen, die eindeutig erkennen läßt, daß die Angeklagten die Begehung der Rassenschande und die Tatmodalitäten der VVO nicht für erwiesen hielten. Das Sondergerichtsurteil steckt voller Widersprüche und abwegiger rechtlicher Konstruktionen, die ersichtlich den Mangel an beweiserheblichen Feststellungen und an substantiellen Erwägungen zu einem tatbestandlich relevanten Sachverhalt verschleiern sollten.

Die 'Feststellung' über den "wiederholten bis März 1940 fortdauernden rassenschänderischen Geschlechtsverkehr" des damaligen Beschuldigten steht ohne tragfähige Beweisgrundlage gleichsam als formelhafte Wendung in der Begründung. Sie wird sogleich durch die folgende Hilfserwägung in Frage gestellt, daß selbst dann, wenn es nur zu den - im Urteil näher gekennzeichneten - Zärtlichkeiten gekommen sei, der Tatbestand der Rassenschande erfüllt sei; diese Vertraulichkeiten werden sodann im Widerspruch zu den von der damaligen Rechtsprechung entwickelten Kriterien (RGSt 70, 375 ff.) als sogenannte "Ersatzhandlungen" gewertet.

Die Behauptung solcher Zärtlichkeiten ist - abgesehen von der Einlassung der Beschuldigten Katzenberger und Irene Seiler - lediglich durch die Aussage des Kriminalbeamten Zeuschel in die Hauptverhandlung eingeführt worden. Bei dessen einmaliger Vernehmung der Frau Seiler zu Beginn der Ermittlungen war es aber auf den genauen Zeitpunkt nicht angekommen, da der Vorwurf nach der VVO erst später durch Rothaug in die Ermittlungen eingeführt wurde. Nach den in den Urteilsgründen wiedergegebenen übereinstimmenden Aussagen der beiden damaligen Beschuldigten,

auf die das Urteil des Sondergerichts insoweit überhaupt nicht eingeht, ist es zu solchen Zärtlichkeiten in dem hier allein wesentlichen Zeitraum nach Inkrafttreten der VVO, d.h. nach Kriegsbeginn, nicht mehr gekommen; vielmehr hat sich Katzenberger nach den vom Sondergericht getroffenen Feststellungen nur noch dreimal mit Frau Seiler und ihrem Ehemann getroffen. In diesem Zusammenhang gewinnt die Aussage des Angeklagten Dr. Ferber vor dem Schwurgericht Bedeutung, seiner damaligen Überzeugung nach sei Katzenberger "wenigstens an drei Abenden während des Krieges bei Frau Seiler ... gewesen. Er habe ja gar nicht gewußt, ob Seiler (d.h. der Ehemann) gerade da sei, wenn er komme".

Bezüglich dieser auch vom Sondergericht angenommenen abendlichen Besuche lassen es die Urteilsgründe aber gerade ausdrücklich dahingestellt, ob es dabei zum Geschlechtsverkehr mit Frau Seiler oder wegen der Anwesenheit ihres Ehemannes nur zu Unterhaltungen gekommen sei. Zur Rechtfertigung der tatbestandlichen Relevanz greift hier das Urteil auf die rechtlich unerhebliche Hilfserwägung zurück, diese Besuche hätten jedenfalls dem "Warmhalten des Verhältnisses" zu Frau Seiler gedient. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, daß ein Beweisantrag des damaligen Beschuldigten Katzenberger auf Vernehmung des Ehemannes Seiler über dessen ständige abendliche Anwesenheit mit eben dieser Hilfserwägung und nicht etwa mit der Begründung zurückgewiesen wurde, der Beschuldigte habe auch tagsüber genug Gelegenheit gehabt.

Das Schwurgericht hat übersehen, daß diese verschiedenen Hilfserwägungen ein nahezu untrügliches Kennzeichen dafür sind, daß die Angeklagten von der Begehung der Rassenschande, d.h. dem vollzogenen Geschlechtsverkehr, in dem hier maßgeblichen Zeitraum nach Inkrafttreten der VVO nicht überzeugt sein konnten.

c) Die vorstehenden, für eine bewußte Sachverhaltsverfälschung sprechenden Erwägungen finden ihre Bestätigung auch in Erklärungen, die die Angeklagten in früheren Verfahren abgegeben haben.

Der Angeklagte Dr. Ferber hat nach den vom Schwurgericht getroffenen - aber ebenfalls nicht ausreichend gewürdigten - Feststellungen sowohl im Nürnberger Juristenprozeß im Jahre 1947 als auch im Disziplinarverfahren gegen Rothaug 1957/58 als Zeuge ausgesagt, daß nach seiner damaligen Überzeugung dem Beschuldigten Katzenberger Rassenschande nicht habe nachgewiesen werden können. Ferner erklärte er in einer eidesstattlichen Versicherung vom 20. November 1946, deren Wahrheitsgehalt er noch in den Jahren 1957 und 1958 im Disziplinarverfahren gegen Rothaug bestätigte, zum Prozeß gegen Katzenberger u.a., "das bestehende Recht (sei) erheblich umgebogen" worden.

Für die mangelnde Überzeugung des Angeklagten Dr. Hoffmann - er hatte damals von den Zweifeln des Ermittlungsrichters am dringenden Tatverdacht Kenntnis - von der Erweisbarkeit eines vorwerfbaren Sachverhalts spricht die Tatsache, daß er bei der Urteilsberatung Bedenken gegen den Nachweis des vollzogenen Geschlechtsverkehrs

erhoben hat. In diesem Zusammenhang ist schließlich von Bedeutung, daß er auch in einer - später (1951) inhaltlich nochmals bestätigten - eidesstattlichen Versicherung vom 8. März 1947 das Urteil gegen Katzenberger als "untragbar, ungerecht und unmenschlich" bezeichnet hat.

Beide Angeklagte haben in verschiedenen eidesstattlichen Erklärungen, zu deren Wahrheitsgehalt sie sich bei späteren Gelegenheiten bekannt haben, auch bestätigt, daß sie die rechtswidrige Zielsetzung, die Rothaug mit dem Verfahren gegen Katzenberger verfolgt habe, erkannt hätten.

III. Alle diese Gesichtspunkte wird das Schwurgericht bei der erneuten Verhandlung zu berücksichtigen haben. Auf Grund der neu zu treffenden Feststellungen wird es sich insbesondere auch mit den Beweggründen des Handelns der Angeklagten auseinandersetzen müssen. Sollten sich die Angeklagten dabei beruhigt haben, daß Katzenberger als Jude nach der NS-Ideologie ohnehin ein "Nichts" war und sie deshalb bei einer rechtswidrigen Verurteilung kein Risiko, insbesondere keine Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung liefen, so läge darin ein niedriger Beweggrund (vgl. BGHSt 18, 37, 39; BGH, Urteil vom 7. Juli 1964 - 1 StR 37/64 -). Das Schwurgericht hat dieses Motiv zwar gesehen und es nicht ausgeschlossen. Es hat aber dessen Tragweite möglicherweise verkannt, weil es auf Grund unzulänglicher Feststellungen Furcht als tragenden Beweggrund angesehen hat (vgl. unter A I).

Es ist auch nicht völlig auszuschließen, daß - zumindest bei dem Angeklagten Dr. Ferber - der Wunsch nach beruflichem Weiterkommen, also beruflicher Ehrgeiz, eine Rolle gespielt haben mag. Immerhin hatte der Sondergerichtsvorsitzende Rothaug nach den Feststellungen des Schwurgerichts als Gaugruppenwalter des NS-Rechtswahrerbundes die einflußreichste Position innerhalb der Nürnberger Justiz inne; keine Beförderung und kein Personalwechsel konnte ohne seine Zustimmung vollzogen werden. Tatsächlich wurde der Angeklagte Dr. Ferber Anfang 1943 zum Landgerichtsdirektor und kurze Zeit darauf als Nachfolger Rothaugs zum Vorsitzenden des Sondergerichts ernannt, wenngleich er dort wegen "unzureichender Härte" nach wenigen Monaten wieder abgelöst wurde. Das Schwurgericht hat diesen Gesichtspunkt bisher nicht geprüft.

B. Revisionen der Angeklagten

Die Revisionen beider Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg. Das Urteil kann wegen verschiedener sachlicher Fehler und Widersprüche in den Ausführungen des Schwurgerichts zur Frage der Rechtsbeugung als der Voraussetzung einer Verurteilung wegen Tötungsverbrechen keinen Bestand haben.

I. Einerseits spricht das Schwurgericht ganz umfassend von der Unhaltbarkeit der dem Sondergerichtsurteil zugrunde liegenden Feststellungen und stützt sich dabei insbesondere auf die eidesstattlichen Erklärungen des Angeklagten Dr. Ferber, nach denen dieser den Vorwurf der Rassenschande niemals für bewiesen hielt. Andererseits zieht das Schwurgericht jedoch

einen Trennstrich zwischen der Beweislage für die Zeit vor und nach der Eheschließung der Frau Seiler (Juli 1939). Bereits darin liegt eine Unstimmigkeit.

Bezüglich des Zeitraums vor der Eheschließung führt das Urteil des Schwurgerichts aus, die Überzeugung der Angeklagten von der Erweislichkeit des Geschlechtsverkehrs Katzenbergers mit Frau Seiler "könne kaum widerlegt werden", und ergänzt dies sogar dahin, daß "auch ein gewissenhafter und erfahrener Richter ... den Nachweis als geführt ansehen konnte". Für die Zeit danach verneint das Schwurgericht die Schlüssigkeit solcher Folgerungen.

Diese Zäsur in der Beweislage mit der Eheschließung der Frau Seiler, an deren häuslichen Verhältnissen sich im übrigen nichts wesentliches geändert hatte, weil sie ihren späteren Mann schon ein Jahr lang "beherbergte", ist nicht haltbar. Die Erwägungen des Schwurgerichts sind insoweit widersprüchlich. Es gesteht den Angeklagten zu, daß sie auch für den Zeitraum nach der Eheschließung den Austausch sexuell bedingter Zärtlichkeiten zwischen Katzenberger und Frau Seiler für bewiesen halten konnten (UA S. 86). Ließen aber solche Intimitäten nach Auffassung des Schwurgerichts einen Schluß auf vollzogenen Geschlechtsverkehr überhaupt zu, so konnte es folgerichtig den Angeklagten nicht vorwerfen, bei gleichbleibender Beweislage für die Zeit nach der Eheschließung Seiler derartige Folgerungen gezogen zu haben.

II. Auch die Ausführungen des Schwurgerichts zur inneren Tatseite der Rechtsbeugung sind nicht frei von Mängeln.

1. Das Schwurgericht schließt auf den Vorsatz der Angeklagten aus der Gesamtheit der festgestellten Fehler des sondergerichtlichen Urteils. Insoweit ist bereits die Erwägung des Schwurgerichts (UA S. 125/126) mißverständlich, daß bei isolierter Betrachtung der einzelnen Fehler im einen oder anderen Fall nicht auszuschließen sei, daß Irrtum ihre Ursache gewesen sein könne. Die Gesamtheit der Fehler kann aber nicht vorsätzlich herbeigeführt sein, wenn einzelne auf fahrlässigem Irrtum beruhen. Der Vorsatz muß vielmehr für jeden einzelnen Fehler feststehen, mag auch die Vielzahl hierfür ein Indiz sein (vgl. auch BGHSt 10, 294, 298).

Das Schwurgericht stützt sich bei der Begründung des Rechtsbeugungsvorsatzes entscheidend auf seine Hilfserwägung zum Ermessensmißbrauch bei der Strafbemessung. Die in diesem Zusammenhang festgestellten Mängel sind für das Schwurgericht ersichtlich ausschlaggebend. Dabei verkennt es aber offenbar, daß es sich bei der richtig verstandenen Sachverhaltsverfälschung (s. A II 1) und dem Ermessensmißbrauch um wesensverschiedene alternative Begehungsmöglichkeiten der Rechtsbeugung handelt, denen jeweils eine spezifische Vorsatzrichtung zugeordnet ist. Vorliegend mußte danach feststehen, daß die Angeklagten bewußt den Sachverhalt verfälscht haben. Da aber das Schwurgericht den Vorsatz nur aus der Gesamtheit der Fehler herleiten

zu können glaubt und dabei den Strafzumessungserwägungen des sondergerichtlichen Urteils - denen allerdings bei der Bewertung der Gesamttendenz dieses Urteils ein Indizwert zukommen kann - die entscheidende Bedeutung beimißt, bleibt es zweifelhaft, ob es den Nachweis eines Rechtsbeugungsvorsatzes im Sinne einer Sachverhaltsverfälschung für erbracht hielt.

2. Bedenklich sind schließlich die Erwägungen des Schwurgerichts zur inneren Tatseite der Rechtsbeugung auch insoweit, als sie den Tatbestand des § 4 VVO betreffen.

Das Urteil des Sondergerichts hat den damaligen Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt des § 4 VVO, der den Ausspruch der Todesstrafe tragen sollte, angelastet, er habe unter Ausnutzung der kriegsbedingten Abwesenheit des Ehemannes Seiler Rassenschande getrieben. Das Schwurgericht führt hierzu aus, es fehle - unabhängig von der Frage der Erweisbarkeit eines Geschlechtsverkehrs - an dem Merkmal der Ausnutzung. Denn der Ehemann Seiler sei in seiner Heimatstadt Nürnberg stationiert und nicht kaserniert gewesen; er habe zu Hause schlafen und auch tagsüber dort hereinschauen können. Das Schwurgericht hat aber nicht festzustellen vermocht, daß diese besonderen Vergünstigungen Seilers den Angeklagten bei der Urteilsfindung bekannt waren. Es wirft den Angeklagten deshalb insoweit eine Verletzung der Aufklärungspflicht vor.

Den Vorsatz der Rechtsbeugung vermag nur ein bewußter Verstoß gegen die Aufklärungspflicht zu begründen. Ein solcher ist aber in diesem Zusammenhang nicht hinreichend dargetan. Das Schwurgericht hat nicht ausgeführt, aus welchen besonderen Gründen für die Angeklagten Veranlassung bestanden haben soll, den Normalfall der Kasernierung, der eine regelmäßige Anwesenheit Seilers in seiner Wohnung ausgeschlossen hätte, in Zweifel zu ziehen. Selbst der Beweisantrag der Verteidigung Katzenbergers (UA S. 30) ließ die insoweit außergewöhnlichen Umstände nicht erkennen.

III. Diese fehlerhaften Erwägungen beruhen darauf, daß das Schwurgericht die Frage der Sachverhaltsverfälschung von einem unzutreffenden Ansatzpunkt her beurteilt hat. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Revision der Staatsanwaltschaft Bezug genommen werden (unter A II).

Da die Sachrügen durchgreifen, braucht auf die von der Revision des Angeklagten Ferber erhobene Verfahrensrüge nicht mehr eingegangen zu werden.

Das Urteil war mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache an das Schwurgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung entspricht dem Antrag des Generalbundesanwalts.

Pfeiffer Loesdau Mösl

Pikart Strickert

508 Qs 19/67
1 Js 9/65 (RSHA) - IV VU 2/67

B e s c h l u ß

In der Strafsache gegen Bovensiepen u.a., hier nur gegen

den kaufmännischen Angestellten Otto
B o v e n s i e p e n ,
geboren am 8.Juli 1905 in Duisburg,
wohnhaft in Mülheim/Ruhr, Langensiepenstr. 11,
- zur Zeit in Untersuchungshaft in der Untersuchungshaftanstalt Alt-Moabit 12 a, Gef.B.Nr.869/67 -

wegen Beihilfe zum Mord

hat die 8. Strafkammer des Landgerichts Berlin in der Sitzung vom 12.Mai 1967 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft wird der Haftverschonungsbeschluß des Untersuchungsrichters IV bei dem Landgericht Berlin vom 3.Mai 1967 aufgehoben.

Die Untersuchungshaft des Angeschuldigten Bovensiepen dauert aus den Gründen ihrer Anordnung fort.

G r ü n d e :

Der Angeschuldigte befindet sich auf Grund des Haftbefehls des Untersuchungsrichters IV bei dem Landgericht Berlin vom 8.März 1967 seit dem 10.März 1967 in Untersuchungshaft. Ihm wird in dem Haftbefehl zur Last gelegt, in der Zeit von mindestens Herbst 1941 bis Anfang 1943 als Leiter der Staatspolizeileistelle Berlin anderen dabei behilflich gewesen zu sein, mit Überlegung Menschen zu töten bzw. solche Tötungen aus niedrigen Beweggründen vorzu-

nehmen. Er soll als Leiter der Staatspolizeileitstelle Berlin unter seiner Verantwortung bei der Ausrottung der Berliner Juden den Haupttätern Hitler und Himmler dadurch behilflich gewesen sein, daß er diese Juden deportieren ließ, wodurch die Betroffenen, etwa 22.000 jüdische Bürger, der physischen Vernichtung preisgegeben wurden.

Der Vollzug des Haftbefehls ist auf Antrag des Angeschuldigten durch den angefochtenen Beschluß unter der Auflage, daß der Angeschuldigte einen etwa vorhandenen Reisepaß zu den Akten einreicht und sich dreimal wöchentlich auf dem für seinen Wohnsitz zuständigen Polizeirevier meldet, ausgesetzt worden.

Gegen diesen Beschluß hat die Staatsanwaltschaft Beschwerde eingelegt und beantragt, den Haftverschonungsbeschluß aufzuheben.

Der Beschwerde war stattzugeben, weil die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft weiterhin gegeben sind.

I.

Der Angeschuldigte ist der ihm zur Last gelegten Taten aufgrund seiner eigenen Einlassung und des Ergebnisses der Ermittlungen weiterhin dringend verdächtig, wie auch in dem angefochtenen Beschluß

ausgeführt wird. Er war nach seinen Angaben in der Zeit vom 18.März 1941 bis 2.November 1942 Leiter der Stapo-Leitstelle Berlin im Range eines Obersturmbannführers der SS. In seiner Eigenschaft als Behördenleiter war er für die Durchführung aller Maßnahmen, die durch das Reichssicherheitshauptamt angeordnet wurden, voll verantwortlich. Im Herbst 1941 begannen die Deportationen jüdischer Bürger Berlins nach dem Osten, von denen der Angeschuldigte unterrichtet war, weil sie durch das Judenreferat seiner Behörde ausgeführt wurden. Die Deportationen erreichten nach der Wannsee-Konferenz vom 20.Januar 1942 über die "Endlösung der Judenfrage" im Frühjahr und Sommer 1942 ihren Höhepunkt. In dieser Zeit wurden Tausende von Juden aus Berlin in Konzentrationslager im Baltikum, in Polen oder der Urkaine gebracht und anschließend entweder von Einsatzkommandos erschossen oder in den bekannten Vernichtungslagern von Auschwitz und Lublin getötet.

Der Angeschuldigte kannte das Schicksal der unter seiner verantwortlichen Leitung deportierten Juden. Dies folgt nach Auffassung der Strafkammer allein schon aus seinem Rang als Obersturmbannführer und seiner Stellung als Leiter der Stapo-Leitstelle Berlin. Außerdem wurde er als Behörden-

leiter im Anschluß an die Wannsee-Konferenz mit Schnellbrief vom 31.Januar 1942 davon unterrichtet, daß die in letzter Zeit in einzelnen Gebieten durchgeführte "Evakuierung" von Juden nach dem Osten den Beginn der Endlösung der Judenfrage im Altreich, der Ostmark und dem Protektorat Böhmen und Mähren darstelle. Schließlich ergibt sich aus mehreren glaubhaften Zeugenaussagen, daß zumindest seit Februar 1942 alle Angehörigen des Judenreferats und die verantwortlichen Leiter der Stapo-Stellen, also auch der Angeschuldigte, über die wahren mit der Deportation verfolgten Absichten der nationalsozialistischen Machthaber genau Bescheid wußten.

Dem Angeschuldigten selbst war als ausgebildeter Volljurist bewußt, daß die angeordneten Maßnahmen auch mit den damals geltenden Gesetzen nicht in Einklang zu bringen waren. Trotzdem billigte er sie aufgrund seiner gesamten Weltanschauung. Er hat sich hierzu folgendermaßen eingelassen:

" Auf der einen Seite hatte man mit dem betroffenen Individium Mitleid, auf der anderen Seite war man aber der Überzeuging, daß die Maßnahme, die ja von Hitler befohlen war, im Interesse des Volksganzen sein mußte. Wir waren eben gespalten.....
Daß die Maßnahme gegen Bestimmungen des Strafgesetzbuches verstieß, war mir selbstverständlich als Jurist klar. Wir alle lebten jedoch damals in der

Vorstellung, daß der einzelne nichts ist und daß das Wohl des ganzen Volkes über alles zu stehen hatte. Das war das Produkt der Erziehung durch Adolf Hitler, der uns beigebracht hatte, daß die Verantwortung ausschließlich bei ihm lag und wir ihm zu dienen hätten."

II.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft nach § 112 StPO sind ebenfalls weiterhin gegeben. Denn es besteht die Gefahr, daß der Angeschuldigte sich dem Verfahren durch die Flucht entziehen werde. Dem Angeschuldigten wird Teilnahme an Verbrechen wider das Leben vorgeworfen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind. Bei der Stärke des dringenden Tatverdachts, die dem Angeschuldigten als erfahrenen Juristen bewußt ist, drohen ihm im Falle einer Verurteilung äußerst einschneidende, sein gesamtes zukünftiges Leben gestaltende Konsequenzen. Diese sind so schwerwiegend, daß es für den Angeschuldigten naheliegt, sich ihnen durch die Flucht zu entziehen und damit die Durchführung des Strafverfahrens sowie eine etwaige Strafvollstreckung zu vereiteln. Die bestehende Fluchtgefahr ist nach Ansicht der Strafkammer so groß, daß sie durch weniger einschneidende und fluchthindernde Maßnahmen ihm Rahmen von

§ 116 StPO, wie sie im angefochtenen Beschluß angeordnet worden sind, nicht vermindert oder eingeschränkt werden könnte.

1. Es mag zutreffen, daß der Angeschuldigte seit längerer Zeit Kenntnis von den Ermittlungen, deren Gegenstand die Verschleppung der Berliner jüdischen Bevölkerung ist, hatte und wußte, daß das Verfahren sich auch gegen ihn als dem Hauptbeschuldigten richtete. Wenn er gleichwohl diese Tatsache nicht zum Anlaß nahm, sich mit Fluchtgedanken zu befassen, so deshalb, weil andere Ermittlungsverfahren, die gegen Angehörige örtlicher Stapo(leit)-Stellen wegen gleicher Straftaten gerichtet waren und sind, bei ihm den Eindruck erwecken konnten, daß die Deportation der jüdischen Bevölkerung aus dem damaligen Reich in die Vernichtungslager nicht mehr zu strafrechtlicher Ahndung führen würde. Ein konkreter Anlaß, sich mit Fluchtgedanken zu befassen, bestand mithin für den Angeschuldigten in der Vergangenheit nicht. Diese Situation hat sich jetzt entscheidend geändert. Der Angeschuldigte sieht sich nunmehr erstmals mit den unmittelbaren Folgen aus der Zeit seiner Tätigkeit als Leiter

der Stapoleitstelle Berlin konfrontiert. Die Tatsache, daß er bisher nichts unternommen hat, um sich dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren zu entziehen, kann daher bei der vom jetzigen Standpunkt zu beurteilenden Frage nach dem Vorliegen einer Fluchtgefahr nicht berücksichtigt werden.

2. Es soll auch nicht bestritten werden, daß der Angeschuldigte vor seiner Verhaftung in geordneten Verhältnissen lebte und sich eine berufliche Existenz mit großer persönlicher Verantwortung und überdurchschnittlichem Einkommen aufgebaut hat. Er befindet sich im vorgerückten Lebensalter und besitzt wenig Möglichkeiten, sich nach einer Flucht eine neue Existenz aufzubauen. Es kann auch davon ausgegangen werden, daß er echte Bindungen an seine Familie hat und sich verpflichtet fühlt, für deren Unterhalt zu sorgen.

Alle diese Umstände geben jedoch keine hinreichende Gewähr dafür, daß sich der Angeschuldigte dem Strafverfahren stellen werde. Denn die den Angeschuldigten möglicherweise treffenden Folgen seines Tuns, die den Rest seines Lebens einschneidend beeinflussen können, sind überaus

schwerwiegend. Es muß daher damit gerechnet werden, daß der Angeschuldigte in Anbetracht des jeden Menschen innewohnenden Selbsterhaltungstriebes jede noch so bescheidene Existenz in Freiheit einer Verurteilung und einer Vollstreckung vorziehen wird. Der Verlust der familiären Bindungen und die Unmöglichkeit für seine Familie zu sorgen sind im übrigen Folgen, die auch im Falle einer Verurteilung eintreten. Sie können daher den Anreiz zur Flucht nicht ernstlich verhindern.

Es ist in diesem Zusammenhang schließlich nicht zu verkennen, daß die ordentliche Lebensführung des Angeschuldigten den gegen ihn erhobenen Tatvorwürfen nichts an Schwere nimmt. Die Vorwerfbarkeit der Handlungsweise des Angeschuldigten kann nicht daran gemessen werden, daß er nur als sogenannter "Schreibtischtäter" anzusehen ist und nicht unmittelbar getötet hat. Es erscheint aus diesem Grunde nicht zulässig, an ihn andere Maßstäbe anzulegen, als an einen Täter, der sich möglicherweise eigenhändig mehrerer Verbrechen nach § 211 StGB schuldig gemacht hat.

3. Andere fluchthindernde Maßnahmen und Auflagen nach § 116 StPO stellen für einen intelligenten und ernstlich zur Flucht entschlossenen Täter

gleichfalls kein unüberwindliches Hindernis dar. Der von dem Angeschuldigten gemachte Hinweis auf seinen angegriffenen Gesundheitszustand ist ebenfalls wenig überzeugend. Denn die Krankheit ist nicht erst durch seine Verhaftung aufgetreten und hinderte ihn bisher nicht, seine anstrengende berufliche Tätigkeit voll zu erfüllen, wie sich aus dem eingereichten Schreiben seines Arbeitgebers entnehmen läßt.

Eine Aussetzung des Vollzuges des gegen den Angeschuldigten erlassenen Haftbefehls kann nach alledem unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeschuldigten und der Möglichkeit der Anordnung weiterer fluchthindernder Maßnahmen bei der außergewöhnlichen Schwere der dem Angeschuldigten vorgeworfenen Verbrechen wider das Leben nicht in Betracht kommen.

III.

Die Entscheidung der Strafkammer ergeht unter Beachtung der Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht (NJW 1966, 243) aufgestellt hat. Die Abwägung der gesamten Umstände dieses Falles schließt nach Auffassung der Kammer eine Haftverschonung schlechthin aus.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird durch die Entscheidung nicht verlegt. In diesem Zusammenhang ist nämlich darauf hinzuweisen, daß die Anträge auf Durchführung der gerichtlichen Voruntersuchung und Erlaß eines Haftbefehls erst nach Abschluß der fast zweijährigen Vorermittlungen gestellt worden sind. Dadurch sollte die Dauer der Untersuchungshaft bis zur Erhebung der Anklage soweit wie möglich verkürzt werden. Im Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs ist auch unter diesem Gesichtspunkt die Fortdauer der Untersuchungshaft gerechtfertigt.

Die Strafkammer hat bei ihrem Beschluß auch bedacht, daß an der Verhinderung einer Entscheidung in dieser Strafsache ein besonderes Interesse bestehen könnte. Denn es handelt sich hier, wie bereits erwähnt, um die erste Voruntersuchung gegen Angehörige der Stapostellen. An dem Verfahren sind zahlreiche weitere Beschuldigte beteiligt. Die Hinausschiebung einer höchstrichterlichen Entscheidung würde den übrigen früheren Angehörigen von Judenreferaten dienen können.

Die Strafkammer ist schließlich der Ansicht, daß auch der Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung eine andere Entscheidung verbietet. Es kommt

dabei entgegen der Auffassung des Untersuchungsrichters nicht darauf an, daß gleichgelagerte Fälle vorgelegt werden. In dem Verfahren gegen Mitglieder von Einsatzkommandos ist keinem Beschuldigten Haftverschonung gewährt worden, soweit gegen ihn ebenso schwere Vorwürfe erhoben wurden wie gegen den Angeschuldigten dieses Verfahrens. Daß der Angeschuldigte Bovensiepen nur als Schreibtischtäter anzusehen ist, macht, wie bereits hervorgehoben, in diesem Zusammenhang keinen Unterschied, wie die Strafkammer bereits in anderer Sache entschieden hat.

Nach alledem war auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft der angefochtene Haftverschonungsbeschluß aufzuheben.

Pahl Halbedel Endel

(Krause)
Justizangestellte als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle des Landgerichts

Gns 75.68 - 2 Ws 53.68
(500) 3 P (K) Ks 1.65 (39.65) - LG Berlin

B e s c h l u ß

In der Strafsache
g e g e n

Wiebens u. a., hier gegen
den kaufmännischen Angestellten Karl R a t h ,
geboren am 9. November 1909 in Lüdenscheid/Altena,
wohnhaft in Bückeburg, Pulverstr. 14,
zur Zeit in Strafhaft in der Strafanstalt Tegel
in Berlin 27 (Tegel), Seidelstr. 39, Gef.B.Nr. 2287/66,

wegen Mordes

hat der 2. Strafsenat des Kammergerichts in Berlin nach Anhörung des Generalstaatsanwalts bei dem Kammergericht in der Sitzung vom 6. März 1968 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Verurteilten gegen den Beschluß des Landgerichts Berlin vom 18. Dezember 1967 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

G r ü n d e :

Der Beschwerdeführer verbüßt wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord in zwei Fällen eine Gesamtstrafe von fünf Jahren Zuchthaus. Das Strafende ist für den 20. April 1969 errechnet worden. Das Landgericht hat den Antrag des Strafgefangenen auf bedingte Entlassung aus der Strafhaft (§ 26 Abs. 1 StGB) mit der Begründung abgelehnt, trotz günstiger Zukunftsprognose verbiete der Sühnegedanke diese Vergünstigung zum gegenwärtigen Zeit-

punkt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Verurteilten ist nach § 454 Abs. 2 Satz 1 StPO zulässig, aber unbegründet.

Der Senat stimmt der zutreffend begründeten Entscheidung des Landgerichts zu. § 26 Abs. 1 StGB gibt einem Strafgefangenen auch dann keinen Anspruch auf bedingte Entlassung, wenn er zwei Drittel seiner Strafe verbüßt hat und erwartet werden kann, daß er in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben führen wird. Die Entscheidung darüber liegt vielmehr im richterlichen Ermessen (OLG Neustadt NJW 1956, 70; OLG Schleswig SchlHA 1954, 385). Dabei sind neben der Erfüllung der im Gesetz ausdrücklich genannten Voraussetzungen auch die rechtspolitischen Gründe der Bestrafung im einzelnen Fall zu berücksichtigen. Der Verurteilte hat an der Tötung von mindestens 58 Menschen auf Grund des von Hitler erlassenen Judenerschießungsbefehls als Gehilfe mitgewirkt. Die Begründung des Urteils des Schwurgerichts bei dem Landgericht Berlin vom 6. Mai 1966 ergibt, daß bei der Strafzumessung zahlreiche Strafmilderungsgründe berücksichtigt worden sind. Sie lassen erkennen, daß mit der Verurteilung des Beschwerdeführers, der sich sonst straffrei und ordentlich geführt hat, nicht der Zweck verfolgt worden ist, ihn zu resozialisieren, sondern dem Gebot gerechter Sühne und allgemeiner Abschreckung Genüge zu tun. Der hier für die Strafzumessung mangelnde Zweck der Strafe ist folgerichtig auch bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung ausschlaggebend (OLG Köln NJW 1965, 2358). Diese Vergünstigung kommt daher nur dann in Betracht, wenn keine Gefahr besteht, daß das Vertrauen auf die Bewährung der Rechtsordnung durch gerechte Vergeltung jeden schweren Unrechts erschüttert werden könnte (BGHSt 6, 125 und 215). Zwar trifft es zu, daß das Gesetz grundsätzlich keine Deliktsgruppe von der bedingten Entlassung ausschließt

(BGHSt 6, 298). Bei den besonders schweren und ihrem Wesen nach nicht wiedergutzumachenden Straftaten des Verurteilten legt aber schon die Höhe der Strafdrohung die beherrschende Rolle des Sühnegedankens nahe (KG JR 1961, 31). Der Unrechtsgehalt der Mitwirkung des Beschwerdeführers als Gehilfe bei der Vernichtung von mindestens 58 Menschenleben durch gemeinschaftlichen Mord läßt die Forderung nach gerechter Vergeltung im Rahmen der Möglichkeiten der Rechtsordnung so unabweisbar erscheinen, daß die Vollstreckung wenigstens des größten Teils der Strafe in dem Rechtsbewußtsein aller gerecht empfindenden Menschen ein öffentliches Anliegen ist. Dabei ist jeder Fall selbständig zu prüfen. Eine schematische Übertragung der Gründe einer bedingten Entlassung eines anderen Strafgefangenen in einem gleichartigen Verfahren auf die Beurteilung des Beschwerdebegehrens ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht nur wegen der Freiheit des pflichtgemäßen richterlichen Ermessens, sondern auch wegen der Verschiedenartigkeit zahlreicher Einzelheiten der Schuld und der persönlichen Verhältnisse der Täter ausgeschlossen.

Die sofortige Beschwerde konnte demnach keinen Erfolg haben und war daher mit der Kostenfolge aus § 473 Abs. 1 Satz 1 StPO zu verwerfen.

Meyer Krauskopf Bittner

KAMMERGERICHT BERLIN

Ausgefertigt:
Kümmelmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

kü

Abschrift

8. August 1967

1 Js 4/64 (RSHA)

An das
Amtsgericht Tiergarten
- Abteilung 348 -

im H a u s e

zu 348 Gs 172/67

In dem Ermittlungsverfahren gegen B a a t z u.A. übersende ich

1 Band BA 4 Sp Ls 302/48 Spruchgericht Bergedorf,
1 Dokumentenband,
2 Vernehmungshefte,
1 Gutachten,
1 Leitzordner

zu den dort bereits vorliegenden Akten.

Zu dem Antrag des Beschuldigten T h o m s e n vom 2. August 1967 auf mündliche Haftprüfung nehme ich wie folgt Stellung:

1) Durch das gegen den Beschuldigten T h o m s e n vor einem britischen Gericht durchgeführte Auslieferungsverfahren ist ein Verbrauch der Strafklage nicht eingetreten. Art. 103 Abs. 3 GG setzt voraus, daß ein Gericht der Bundesrepublik Deutschland in der gleichen Sache rechtskräftig entschieden hat (vgl. BVerfG. NJW 1961 S. 867). Urteile der Besatzungsgerichte stehen solchen Entscheidungen nicht gleich (vgl. Schorn in NJW 1965 S. 1899 und die dort angegebene Rechtsprechung).

2) Auch der Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) steht der Strafverfolgung des Beschuldigten T h o m s e n nicht entgegen. Vorab ist zu bemerken, daß der Überleitungsvertrag auf Grund alliierter Vorbehalte in Berlin nicht gilt. Aber auch im Geltungsbereich des Überleitungsvertrags wäre eine Strafverfolgung nach Art. 3 Abs. 3 b ÜV nur dann ausgeschlossen, wenn eine Strafverfolgungsbehörde einer der drei Westmächte sich mit der "angeblichen Straftat" befaßt und die Untersuchung "endgültig abgeschlossen" hätte. Ein Auslieferungsverfahren vor einem britischen Gericht stellt keine "abschließende Untersuchung" in diesem Sinne dar (vgl. das anliegende Gutachten des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität Freiburg i.Br. vom 21. Dezember 1965). Es kann daher dahinstehen, ob die Beteiligung des Beschuldigten T h o m s e n an der Exekution polnischer Zivilarbeiter im Reich tatsächlich Gegenstand des Auslieferungsverfahrens war. Die jetzigen Angaben des Beschuldigten über Inhalt und Umfang des Auslieferungsverfahrens sind im übrigen offensichtlich unzutreffend, denn aus seiner eigenen schriftlichen Erklärung vom 14. Juni 1948 im Spruchgerichtsverfahren ergibt sich, daß in dem Auslieferungsverfahren ohne Verhandlung zur Sache entschieden worden ist (vgl. Bl. 29 d.A. 4 Sp Ls 302/48 Spruchgericht Bergedorf).

3) Der Haftbefehl ist wegen des dringenden Verdachts der Beihilfe zu mehreren Morden ergangen. Dieser Verdacht besteht auch nach der Vernehmung des Beschuldigten T h o m s e n fort.

Hinsichtlich des objektiven Tatbestandes gibt der Beschuldigte T h o m s e n zu, beim Entwurf der Erlasse mitgewirkt und sie schließlich abgezeichnet zu haben.

Er räumt ferner ein, daß die von den Stapo-leit-stellen an das RSHA gerichteten Sonderbehandlungsanträge gegen Zivilarbeiter polnischen Volkstums in dem von ihm geleiteten

Referat bearbeitet, von ihm abgezeichnet und dem Amtschef M ü l l e r zur abschließenden Entscheidung bzw. zur Weiterleitung an RFSS oder CdS zugeleitet wurden. Soweit er sich dahin einläßt, das Polenreferat habe keine eigene Stellungnahme zu der weiteren Behandlung der betroffenen Polen abgegeben, wird er widerlegt durch die Aussagen der Mitbeschuldigten B e t z und B r e i t e n f e l d t sowie der Zeugen D ö r i n g , E n g e l , E r b e , H e d e l h o f e r , N e l s o n , P a p e n d i c k und W o i t s c h i k . Auch nach den im Aktenvermerk - II A vom 26. September 1939 (Dok.Bd. A I Bl. 1-2) wiedergegebenen Richtlinien für die Bearbeitung von Sonderbehandlungsvorgängen war in der Vorlage an den RFSS von dem sachbearbeitenden Referat des Gestapa/RSHA grundsätzlich ein Vorschlag über die weitere Sachbehandlung zu machen.
Der Beschuldigte T h o m s e n gibt nunmehr auch zu, daß die fernschriftlichen Exekutionsbefehle an die Stapo-leitstellen in seinem Referat vorbereitet und zumindest teilweise mit seiner Unterschrift herausgegeben worden sind (vgl. S. 6-7 der Vernehmung vom 26. Juli 1967 und S. 6-7 des Haftprüfungsantrages); im übrigen müssen die Exekutionsbefehle über ihn dem Amtschef M ü l l e r zur Unterschrift vorgelegt worden sein.
Darüber hinaus besteht auf Grund der vorliegenden Akten der Stapostelle Neustadt/Weinstraße betr. Blazej G r a b o w s k i und der Aussage des Zeugen N e l s o n nach wie vor der Verdacht, daß der Beschuldigte T h o m s e n zumindest in einzelnen Fällen selbst über die Exekution von Fremdarbeitern entschieden hat (vgl. Vorhalt S. 8 der Vernehmung vom 26. Juli 1967).

Auf Grund dieser Feststellungen in Verbindung mit den vorliegenden Dokumenten und Aktenauszügen besteht zumindest der dringende Verdacht, daß der Beschuldigte T h o m s e n in allen im Haftbefehl genannten Einzelfällen am Zustandekommen und an der Herausgabe der Exekutionsanweisungen mitgewirkt und damit objektiv Beihilfe zum Mord an diesen Polen geleistet hat.

Der Beschuldigte T h o m s e n hat dabei nach seiner eigenen Einlassung auch vorsätzlich gehandelt. Er wußte, daß seine Handlungen die Haupttaten förderten und daß die Haupttäter aus niedrigen Beweggründen handelten, nämlich weil sie die Polen für rassisch minderwertig hielten. Wenn der Beschuldigte behauptet, er habe den Tod der Polen nicht "gewollt", sondern diese Maßnahmen innerlich abgelehnt, so schließt dies den Beihilfevorsatz nicht aus. Entscheidend ist allein, daß er die ihm als Referatsleiter übertragenen Tätigkeiten erfüllen wollte und daß er in diesem Rahmen auch die Handlungen, die als Beihilfe zum Mord zu werten sind, mit Bewußtsein ausgeführt hat.
Es ist weiterhin nicht erforderlich, daß er selbst aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat. Für eine Bestrafung wegen Beihilfe zum Mord genügt es vielmehr, daß der Gehilfe in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des Haupttäters seinen Tatbeitrag geleistet hat (vgl. BGHSt 2, 251 (255)).

Der Beschuldigte T h o m s e n gibt zu, daß er sich über die Rechtswidrigkeit der Exekutionen und damit auch seiner eigenen Handlungen im klaren war (vgl. S. 3-4 der Vernehmung vom 21. Juli 1967).

Schuldausschließungsgründe aus den §§ 52, 54 StGB sind entgegen der Ansicht des Beschuldigten nicht gegeben. Er behauptet selbst nicht, zu seinen Handlungen im Sinne von § 52 StGB genötigt worden zu sein. Aber auch auf § 54 StGB kann er sich nicht mit Erfolg berufen. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob für den Beschuldigten T h o m s e n überhaupt eine unverschuldete Notstandslage im Sinne dieser Vorschrift bestand, denn er hat jedenfalls nicht alles ihm Zumutbare getan, um sich einer tatsächlichen oder vermeintlichen Gefahr für Leib oder Leben anders zu entziehen, als durch die Teilnahme an strafbaren Handlungen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind insoweit umso strengere Anforderungen an den Beschuldigten zu stellen, je schwerer die ihm angesonnene Straftat ist (vgl. BGH NJW 1963, 1258).

Der Beschuldigte T h o m s e n hat nach seinen Angaben während seiner Tätigkeit im RSHA nur einmal beim Amtschef M ü l l e r wegen einer Aufhebung seiner u.k.-Stellung vorgesprochen, wobei es zweifelhaft ist, ob es dem Beschuldigten dabei überhaupt darum ging, sich der Mitwirkung an der Exekution von Fremdarbeitern zu entziehen, oder ob andere Gründe für ihn maßgebend waren. Das reicht für eine Anwendung des § 54 StGB ebensowenig aus, wie der von dem Beschuldigten in seiner Vernehmung vom 20. Juli 1967 S. 3 behauptete "schüchterne Versuch", den Amtschef M ü l l e r zu bewegen, die Maßnahmen gegen Fremdarbeiter der Justiz zu übertragen. Zwar wird grundsätzlich vom Täter kein "heldenhaftes" Verhalten verlangt, wohl aber ein erhebliches und ernstliches Bemühen. Dabei muß insbesondere von Personen, die wie der Beschuldigte T h o m s e n innerhalb der Gestapo in eine einflußreiche Stellung aufgestiegen waren, erwartet werden, daß sie auch ein erhöhtes Wagnis eingehen und nicht nur die einfachste und für sie bequemste Lösung, nämlich die Teilnahme am Verbrechen, wählen (vgl. BGH NJW 1952 Se. 111, BGHSt 3, 271, BGH - 4 StR 438/58 - vom 13. März 1959).

Der Hinweis des Beschuldigten T h o m s e n auf die Entscheidung des Spruchgerichts Bergedorf geht fehl. Das Spruchgericht hat dem damaligen Angeklagten T h o m s e n eine Notstandssituation nur hinsichtlich seines weiteren Verbleibens in den Diensten der Gestapo und in der SS zugebilligt. In diesem Rahmen konnte das Gericht einen weniger strengen Maßstab anlegen, als dies bei der Beurteilung konkreter Verbrechenstatbestände möglich ist. Dem Spruchgericht war, wie sich aus den Urteilsgründen (Bl. 64 R d. BA) ergibt, der volle Umfang der Tätigkeit des damaligen Angeklagten T h o m s e n , insbesondere seine Beteiligung an der Exekution von Fremdarbeitern nicht bekannt. Andernfalls hätte es ihm, wie ausdrücklich in dem Urteil ausgeführt ist, den Entschuldigungsgrund des Notstandes nicht zugebilligt.

4) Neben dem dringenden Tatverdacht ist auch weiterhin der Haftgrund der Fluchtgefahr gegeben. Dem Beschuldigten werden zahlreiche Taten vorgeworfen, die jeweils mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind. Selbst wenn dem Beschuldigten Milderungsgründe zugebilligt werden sollten und die Internierungshaft berücksichtigt werden könnte, ist mit einer so hohen Gesamtstrafe zu rechnen, daß für den Beschuldigten T h o m s e n trotz seiner beruflichen und familiären Bindungen ein erhöhter Anreiz zur Flucht gegeben ist. Diese Fluchtgefahr kann auch nicht durch andere Maßnahmen gem. § 116 StPO beseitigt werden.

Ich werde deshalb im Haftprüfungstermin beantragen, Haftfortdauer zu beschließen.

Im Auftrage

(Schmidt)
Staatsanwalt

Sch

348 Gs. 212/67

B e s c h l u ß

In dem Ermittlungsverfahren gegen den

Rechtsanwalt und Notar Harro T h o m s e n ,
geboren am 3. März 1911 in Bohmstedt/Krs. Husum,
wohnhaft in Barmstedt/Holstein, Königstr. 17,
z.Zt. U-Haftanstalt Moabit, Gef-Buch-Nr. 1970/67,

wegen Mordes

wird die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet.

G r ü n d e :

Der Beschuldigte Thomsen ist der ihm durch den Haftbefehl zur Last gelegten mehrfachen Beihilfe zum Mord auch weiterhin dringend verdächtig. Die Fluchtgefahr besteht fort. Durch Maßnahmen nach § 116 StPO. kann der Zweck der Untersuchungshaft nicht erreicht werden.

Der Strafverfolgung des Beschuldigten steht weder Artikel 103 Absatz 3 GG, noch Artikel 7 des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (Überleitungsvertrag) entgegen.

Nur durch Urteile inländischer Gerichte, nicht dagegen durch Entscheidungen der Besatzungsgerichte tritt ein Verbrauch der Strafklage im Sinne des Artikel 103 Abs. 3 GG. ein. (BGH in NJW 54/1252, BVerfG. in NJW 61/867). Das Auslieferungsverfahren vor dem EXTRADITION TRIBUNAL in Hamburg war aber ein Verfahren vor einem Besatzungsgericht.

Artikel 103 Abs. 3 GG. steht der Strafverfolgung auch nicht im Hinblick auf den Freispruch des Beschuldigten durch das Urteil des Spruchgerichts Bergedorf vom 12. 7. 1948 entgegen,

weil es insoweit an dem Merkmal "derselben Tat" fehlt.

Artikel 7 des Überleitungsvertrages hindert eine Strafverfolgung des Beschuldigten ebenfalls nicht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der in Berlin nicht übernmmmene Überleitungsvertrag im vorliegenden Verfahren deswegen anzuwenden wäre, weil sich derBeschuldigte bis zu seiner Inhaftierung im Geltungsbereich dieses Vertrages aufgehalten hat. Es kann weiterhin dahingestellt bleiben, ob in dem Auslieferungsverfahren vor dem EXTRADITION TRIBUNAL in Hamburg überhaupt die gegen den Beschuldigten erhobenen Schuldvorwürfe sachlich geprüft oder die Auslieferung aus formellenGründen abgelehnt worden ist. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß der Beschuldigte in dem Spruchgerichtsverfahren selbst vorgetragen hat, die Polen hätten zunächst einen Kriminalrat Rudolf Thomsen der Kriegsverbrechen bezichtigt, und daß die Auslieferung am 14. 6. 1948 ohne Verhandlung zur Sache abgelehnt worden sei, weil der Antragsteller einen Auslieferungsantrag nicht mehr gestellt habe.

Auch ein mit einer Sachentscheidung endendes Auslieferungsverfahren vor dem Britischen EXTRADITION TRIBUNAL würde eine Strafverfolgung des Beschuldigten nachAnsicht des Gerichts nicht hindern. Artikel 7 des Überleitungsvertrages wird ergänzt durch Artikel 3 Abs. 3 Ziff. b des Vertrages, der eine Bindung der deutschen Strafverfolgungsbehörden nur an diejenigen Entscheidungen der Besatzungsmacht begründet, in denen die Untersuchung wegen der angeblichen Straftat endgültig abgeschlossen war. Das ist bei Auslieferungsverfahren, bei denen - je nach dem Recht des entscheidenden Gerichts - Tatverdacht und Schuld des Auszuliefernden entweder überhappt nicht oder allenfalls bis zu einem gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad geprüft werden, nicht der Fall. Entscheidungen im Auslieferungsverfahren hindern deshalb die Einleitung eines Strafverfahrens nicht. Diese Grundsätze auf den Bereich des Überleitungsvertrages nicht anzuwenden besteht kein Anlaß, da kaum anzunehmen ist , daß die Besatzungsmächte die deutschenBehörden an Entscheidungen binden wollten, an die sie selbst nicht gebunden wären.

Das Gericht schließt sich insoweit der in dem Gutachten des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg vom 21. 12. 1965 vertretenen Rechtsauffassung an.

Der Beschuldigte ist auch weiterhin der ihm durch den Haftbefehl vom 22. 6. 1967 zur Last gelegten mehrfachen Beihilfe zum Mord dringend verdächtig.
Seine Beteiligung am Zustandekommen der im Haftbefehl aufgeführten Erlasse - bis auf den vor seiner Amtszeit ergangenen Erlaß vom 29. 6. 1942 - S IV 2 c - 235/42g - 40 - stellt der Beschuldigte nicht in Abrede. Er bestreitet ferner nicht, FS-Befehle zur Durchführung der angeordneten Exekutionen gegeben zu haben. Dabei handelt es sich um objektive Beihilfehandlungen zum Mord, und zwar auch dann, wenn der Beschuldigte die Erlasse ohne eigene Stellungnahme nur abgezeichnet und eine sachliche Stellungnahme zu den Sonderbehandlungsanträgen nicht abgegeben haben sollte.

Auch der dringende Verdacht der schuldhaft geleisteten Beihilfe ist weiterhin zu bejahen.
Dem Beschuldigten war bei seiner Mitwirkung an den Erlassen, an dem Zustandekommen der Exekutionsanordnungen und bei der Weiterleitung der Exekutionsbefehle an die örtlichen Stapo-Stellen bewußt, daß er mit dieser Handlungsweise die von den nationalsozialistischen Machthabern beabsichtigte Tötung der polnischen Zivilarbeiter unterstützte. Er wußte, daß die Erlasse und die Weiterleitung der Sonderbehandlungsanträge der Stapo-Stellen in einer Vielzahl von Fällen zur Exekzution von Polen führen würde. Soweit er Exekzutionsanordnungen an die örtlichen Stapo-Stellen weitergeleitet hat, war ihm sogar bekannt, daß die Tötung des betreffenden Polen unmittelbar bevorstand.
Er hat also gewußt, daß er eine fremde Tat unterstützt, daß es mit Hilfe seines Beitrages zur Vollendung des Delikts kommen wird und hat gleichwohl gehandelt. Mehr ist zum Beihilfevorsatz nicht erforderlich. Wenn der Beschuldigte vorträgt, er habe die Tötung der polnischen Zivilarbeiter nicht gewollt und die Folgen seines Tatbeitrages nicht gebilligt, so verkennt er, daß der Gehilfenvorsatz nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gehilfe die Tat im Grunde seines Herzens mißbilligt und die

geheime Absicht hat, nicht helfen zu wollen (BG St 56/169 (170), OLG Stuttgart in NJW 50/118).

Bei einer derartigen, in vollem Bewußtsein der Folgen geleisteten Gehilfentätigkeit kann der dringende Verdacht, diese Folgen, also die Verwirklichung der Haupttat, nicht auch gewollt zu haben - von der Anwendung eines untauglichen Mittels abgesehen - , vielmehr nur beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes entkräftet werden. Ein solcher Schuldausschließungsgrund aber liegt nicht vor.

Für einen Nötigungsstand im Sinne des § 52 StGB. fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten. Aber auch die Voraussetzungen des Notstandes i im Sinne des § 54 StGB. sind nicht gegeben. Der Beschuldigte trägt hierzu vor, er habe mehrfach um die Aufhebung seiner UK-Stellung gebeten, wobei ihm erwidert worden sei, ein Ausscheiden aus der Sicherheitspolizei sei nur über das Konzentrationslager möglich. Einen weiteren Versuch, die Maßnahmen gegen die polnischen Zivilarbeiter auf die Justiz zu übertragen, bezeichnet der Beschuldigte selbst als schüchtern. Diese Einlassung ist dem Beschuldigten nicht zu widerlegen. Wenngleich es zweifelhaft erscheint, daß Müller oder Heydrich seine Drohung gegenüber einem höheren Beamten des RSHA und einem SS-Offizier wegen des damit verbundenen Aufsehens wahrgemacht hätte, eine echte Notstandslage also vermutlich gar nicht bestanden hat, mag zugunsten des Beschuldigten hiervon ausgegangen werden. Ein Notstand entschuldigt jedoch nur dann die Teilnahme an einem Verbrechen, wenn die Begehung der strafbaren Handlung der einzige Ausweg aus der Gefahr für Leib oder Leben ist und der Beschuldigte alles für ihn Zumutbare getan hat, um sich anders als durch eine strafbare Handlung der Gefahr zu entziehen. Dabei sind umso strengere Anforderungen zu stellen, je schwerer die dem Beschuldigten angesonnene Straftat ist. Berücksichtigt man, daß dem Beschuldigten die vielfache Teilnahme an den schwersten Verbrechen zur Last gelegt wird, so können die von ihm ergriffenen Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr nicht als ausreichend angesehen werden.

Ein übergesetzlicher Notstand, auf den sich der Beschuldigte ebenfalls beruft, vermag seine Handlungsweise schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil dieser Grundsatz bei der Verletzung eines dem geschützten Rechtsgut gleichwertigen Rechtsgutes nicht gilt.

Soweit der Beschuldigte geltend macht, er könne nicht wegen Beihilfe zum Mord verurteilt werden, weil ihm die niedrigen Beweggründe der Haupttäter zwar bekannt gewesmn seien, er sie aber nicht gebilligt und sich nicht zu eigen gemacht habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Merkmale des § 211 StGB. sind echte Tatbestandsmerkmale des Mordes und keine Strafschärfungsgründe oder besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB. Wegen Teilnahme am Mord ist deshalb schon derjenige zu bestrafen, der an einer vorsätzlichen Tötung vorsätzlich teilnimmt und dabei diejenigen Umstände kennt, aus denen sich die Anwendung des § 211 StGB. auf die Haupttat ergibt. Es ist nicht erforderlich, daß er selbst ein Tatbestandsmerkmal des Mordes verwirklicht (BGH St.2/251 (255/256)).

Auch die Fluntgefahr besteht vxxx fort. Der Beschuldigte hat mit einer erheblichen Freiheitsstrafe zu rechnen. Dabei ist xzu berücksichtigen, daß ihm von der Staatsanwaltschaft auch weiterhin der Vorwurf des in Mittäterschaft begangenen mehrfachen Mordes gemacht wird, was ihm einen zusätzlichen Anreiz zur Fluhht geben kann.
Obwohl seine persönlichen Verhältnisse gefestigt sind, muß der im 57.Lebensjahr stehende Beschuldigte wegen der Höhe der zu erwartenden Strafe mit einer nachhaltigen Beeinträchtigung, wenn nicht gar mit einer Vernichtung seiner beruflichen Existenz rechnen Diese Umstände begründen eine so erhebliche Fluchtgefahr, daß durch weniger einschneidende Maßnahmen der Zweck der Untersuchungshaft nicht erreicht werden kann.

Berlin 21, den 15. August 1967,
Turmstraße 91,
Amtsgericht Tiergarten, Abt. 348

H e i n z e
Amtsgerichtsrat

Ausgefertigt:
(Döring)Justizangestellte
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Treblinka

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

3 StR 17/68 **URTEIL**

in der Strafsache

gegen

1. den Koch Kurt Hubert F r a n z aus Düsseldorf, dort geboren am 17. Januar 1914,

2. den Oberpfleger Heinrich Arthur M a t t h e s aus Bayreuth, geboren am 11. Januar 1902 in Wermsdorf (Kreis Leipzig),

3. den Geschäftsführer August Wilhelm M i e t e aus Lotte (Kreis Tecklenburg), geboren am 1. November 1908 in Westerkappeln (Kreis Tecklenburg),

sämtliche in Untersuchungshaft in der Untersuchungshaftanstalt Düsseldorf-Derendorf,

4. den Rentner Willi M e n t z aus Niedermeien (Kreis Lemgo), geboren am 30. April 1904 in Schönhagen (Kreis Bromberg), in Untersuchungshaft im Gefangenenlager Staumühle,

5. den Tischler Gustav M ü n z b e r g e r aus Unterammergau, geboren am 17. August 1903 in Weißkirchlitz (Kreis Teplitz-Schönau/CSR), in Untersuchungshaft in der Untersuchungshaftanstalt Düsseldorf-Derendorf,

6. den Rentner Otto S t a d i e aus Nordenau (Kreis Meschede), geboren am 10. März 1897 in Berlin,

7. den Schneidermeister Franz S u c h o m e l aus Altötting, geboren am 3. Dezember 1907 in Krumau a.d. Moldau (CSR), in Untersuchungshaft in der Untersuchungshaftanstalt Düsseldorf-Derendorf,

8. den Maurermeister Erwin Hermann L a m b e r t aus Stuttgart, geboren am 7. Dezember 1909 in Schildow (Kreis Niederbarnim),

wegen Mordes und Beihilfe zum Mord.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Hauptverhandlung vom 24. und 25. Juni 1970 in der Sitzung vom 30. Juni 1970, an der teilgenommen haben:

Senatspräsident Scharpenseel
als Vorsitzender,
Bundesrichter Dr. Wiefels
Bundesrichter Dr. Faller
Bundesrichter Mayer
Bundesrichter Neifer
als beisitzende Richter,
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Arnold
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwalt Stratmann aus Düsseldorf
für den Angeklagten Franz,
Rechtsanwalt Dr. Tittel aus Düsseldorf
für den Angeklagten Matthes,
Rechtsanwalt Ostrop aus Düsseldorf
für den Angeklagten Miete,
Rechtsanwalt Dr. Bilo aus Düsseldorf
für den Angeklagten Mentz,
Rechtsanwalt Hartwich I aus Ratingen
für den Angeklagten Münzberger,
Rechtsanwalt Uhling aus Düsseldorf
für den Angeklagten Stadie,

Rechtsanwalt Gottwald aus Düsseldorf
für den Angeklagten Suchomel,

Rechtsanwalt Dr. Pannenbecker aus Düsseldorf
für den Angeklagten Lambert

als Verteidiger,

Justizhauptsekretär Hatz

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

am 30. Juni 1970 für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Schwurgerichts beim Landgericht Düsseldorf vom 3. September 1965 werden verworfen.

   Jedoch wird der Urteilsspruch dahin berichtigt, daß

   a) an die Stelle der Zuchthausstrafen Freiheitsstrafen von gleicher Dauer treten,

   b) die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wegfällt und

   c) die Angeklagten für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit verlieren, öffentliche Ämter zu bekleiden.

2. Jeder Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

   Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft einschließlich der den Angeklagten Münzberger, Stadie und Suchomel dadurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat die Angeklagten - Franz, Matthes, Miete, Mentz, Münzberger und Suchomel unter Freisprechung im übrigen - verurteilt:

1. Den Angeklagten F r a n z wegen gemeinschaftlichen Mordes an mindestens 300000 Personen, wegen Mordes in 35 Fällen an mindestens 139 Personen und wegen versuchten Mordes zu lebenslangem Zuchthaus,

2. den Angeklagten M a t t h e s wegen gemeinschaftlichen Mordes an mindestens 100000 Personen und wegen Mordes in 4 Fällen an mindestens 8 Personen zu lebenslangem Zuchthaus,

3. den Angeklagten M i e t e wegen gemeinschaftlichen Mordes an mindestens 300000 Personen und wegen Mordes in 8 Fällen an mindestens 9 Personen zu lebenslangem Zuchthaus,

4. den Angeklagten M e n t z wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord an mindestens 300000 Personen und wegen Beihilfe zum Mord an mindestens 25 Personen zu lebenslangem Zuchthaus,

5. den Angeklagten M ü n z b e r g e r wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord an mindestens 300000 Personen zu zwölf Jahren Zuchthaus,

6. den Angeklagten S t a d i e wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord an mindestens 300000 Personen und wegen Beihilfe zum Mord zu einer Gesamtstrafe von sieben Jahren Zuchthaus,

7. den Angeklagten S u c h o m e l wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord an mindestens 300000 Personen zu sechs Jahren Zuchthaus,

8. den Angeklagten L a m b e r t wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord an mindestens 300000 Personen zu vier Jahren Zuchthaus.

Soweit die Angeklagten zu zeitiger Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, ist ihnen die erlittene Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet worden.

Das Schwurgericht hat den Angeklagten ferner die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, und zwar Franz, Matthes, Miete und Mentz auf Lebenszeit, Münzberger auf die Dauer von zehn Jahren, Stadie auf sieben Jahre, Suchomel auf sechs Jahre und Lambert auf vier Jahre.

Die Angeklagten haben nach den Feststellungen des Schwurgerichts als Angehörige der Wachmannschaft in dem Vernichtungslager Treblinka an der Massentötung von jüdischen Personen mitgewirkt. Die Massenvernichtung diente der von Hitler, Göring, Himmler und Heydrich beschlossenen "Endlösung der Judenfrage", welche die Vernichtung der Juden im deutschen Einflußbereich vorsah. In Ausführung dieses Planes wurden im Distrikt Lublin des sog. Generalgouvernements unter der Bezeichnung "Aktion Reinhard" in den drei Vernichtungslagern Belzec, Sobibor und Treblinka mindestens 1500000 Personen, vorwiegend Juden, in geringem Umfang auch Zigeuner, umgebracht (UA S. 46), davon in Treblinka mindestens 700000 Menschen (UA S. 48). Getötet worden sind die im wesentlichen mit Eisenbahnzügen dorthin gebrachten Juden in der Weise, daß sie

in Gaskammern getrieben und dort durch Motorenabgase vergiftet wurden (UA S. 42, 80 ff). Die Einzelheiten der Massentötungen waren durch den SS- und Polizeiführer im Distrikt Lublin, SS-Gruppenführer Globocnik, und seine Mitarbeiter, insbesondere den SS-Obersturmführer Wirth, dem späteren Inspekteur der drei Vernichtungslager, genau festgelegt; ihre Ausführung wurde durch mehrfache Inspektionen überwacht.

Gegen das Urteil haben die Angeklagten, soweit sie für schuldig befunden wurden, Revision eingelegt. Sie beanstanden das Verfahren und rügen die Verletzung sachlichen Rechts. Soweit die Entscheidung die Angeklagten Münzberger, Stadie und Suchomel betrifft, hat auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt; sie erstrebt mit der Sachbeschwerde die Verurteilung dieser Angeklagten als Mittäter - nicht nur als Gehilfen - an den Mordtaten.

A. Verfahrensvoraussetzungen (Verjährung)

Ausdrücklich erhebt nur der Angeklagte Matthes den Einwand, die Strafverfolgung gegen ihn sei ausgeschlossen (§ 66 Abs. 1 StGB), denn die Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939 sei hier nicht anwendbar. Die indes bezüglich aller Angeklagten von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen ergibt, daß keine der ihnen zur Last gelegten Straftaten verjährt ist.

Nach § 67 Abs.1 StGB aF verjährte die Strafverfolgung von

Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht waren, in zwanzig Jahren. Diese Verjährungsfrist galt, auch soweit Beihilfe zum Mord in Betracht kommt, schon zur Tatzeit. Das ergibt sich aus § 4 der erwähnten VO gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939 (RGBl I S. 2378), der den Zwang zur Strafmilderung für die Beihilfe zu einem Verbrechen oder Vergehen beseitigte und allgemein die Strafe für zulässig erklärte, die für die vollendete Tat vorgesehen war. Daß diese Bestimmung wirksam war und für den gesamten Bereich des Strafrechts galt, hat der Bundesgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen. Auf die veröffentlichten Entscheidungen BGH NJW 1962, 2209 und GA 1964, 78 kann insoweit, insbesondere zu den Ausführungen des Angeklagten Matthes, verwiesen werden.

Auch § 50 Abs. 2 StGB nF hat an der Höchststrafe von lebenslanger Freiheitsstrafe in keinem der hier vorliegenden Fälle der Beihilfe zum Mord etwas geändert. Zwar rechnet BGHSt 22, 375, 378 die "niedrigen Beweggründe" im Sinne des § 211 StGB zu den besonderen persönlichen Umständen gemäß § 50 Abs. 2 StGB nF. Sowohl bei der Begehungsform "heimtückisch" wie auch bei dem Merkmal "grausam" handelt es sich aber um tatbezogene Umstände, auf die § 50 Abs. 2 StGB nF keine Anwendung findet. Das ist für die Heimtücke seit jeher anerkannt (vgl. BGHSt 2, 251, 255/56 und neuerdings BGHSt 23, 103/104), trifft jedoch auch auf das Mordmerkmal "grausam" zu (BGH, Urt. vom 27. Oktober 1969 - 2 StR 636/68 S. 15; Urt. vom 5. Februar 1970 - 4 StR 272/68 S. 19, beide insoweit nicht veröff.).

Die Verjährungsfrist von zwanzig Jahren begann hinsichtlich der den Angeklagten vorgeworfenen Taten am 1. Januar 1950 zu laufen. Zunächst ruhte sie bis zum 9. Mai 1945, denn die strafbaren Handlungen beruhten auf dem "Führerwillen", der ihrer Verfolgung entgegenstand (vgl. BGHSt 18, 367). Darüber hinaus bleibt bei Verbrechen, die bislang mit lebenslangem Zuchthaus bedroht waren und für die jetzt lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen ist, die weitere Zeit bis zum 31. Dezember 1949 außer Ansatz (§ 1 des Ges. über die Berechnung strafrechtlicher Verjährungsfristen vom 13. April 1965 - BGBl I S. 315, Art. 4 des 1. StrRG, § 211 Abs. 1 StGB a und nF). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen dieses Gesetz sind nicht begründet (BVerfGE 25, 269).

Über den 31. Dezember 1969 hinaus, den Zeitpunkt, zu dem danach die 20jährige Frist enden würde, hat inzwischen § 67 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Fassung des 9. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. August 1969 (BGBl I 1065) die Verjährungsfrist für die hier in Rede stehenden Taten, ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfGE, aaO), auf dreißig Jahre ausgedehnt. Damit kommt es auf die vom Schwurgericht auf S. 515/516 UA erwähnten richterlichen Unterbrechungshandlungen nicht mehr an. Das gilt - nach den obigen Ausführungen - sowohl für die Verurteilung (der Angeklagten Mentz, Münzberger, Stadie, Suchomel, Lambert und Rum) wegen Beihilfe zur Massentötung, bei der das Gericht neben niedrigen Beweggründen die Tatumstände "heimtückisch" und "grausam" angenommen hat, als auch für die Verurteilung

des Angeklagten Mentz wegen Beihilfe zum Mord an mindestens 25 Personen und des Angeklagten Stadie wegen Beihilfe zum Mord (an dem Lageraltesten Rakowski), bei denen das Merkmal der Grausamkeit allein die rechtliche Bewertung trägt.

B. Die Revisionen der Angeklagten

I. Verfahrensrügen

1. Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts

a) Die Mitwirkung der Geschworenen Margarete Michel, die im selben Geschäftsjahr Dienst als Schöffin und Geschworene tat, stand zwar nicht im Einklang mit der Bestimmung des § 90 GVG. Diese (Soll-)Vorschrift ist aber, ebenso wie § 77 Abs. 4 GVG, im ausschließlichen Interesse der Laienrichter erlassen, deren Überlastung begegnet werden soll. Die Verfahrensbeteiligten können deshalb darauf nicht die Revision stützen; die Ordnungsmäßigkeit der Besetzung wird dadurch nicht beeinträchtigt (Müller/Sax, GVG, 6. Aufl., § 90 Anm. 1).

b) Die Rüge des Angeklagten Matthes, der Geschworene Leopold wohne möglicherweise im Landgerichtsbezirk Köln und hätte aus diesem Grunde an einer Sitzung des Schwurgerichts Düsseldorf nicht mitwirken dürfen, behauptet den angeblichen Verfahrensmangel nicht mit der nötigen Bestimmtheit und ist daher unzulässig. Sie wäre im übrigen auch unbegründet,

wie sich aus der dienstlichen Äußerung des Amtsgerichtsdirektors in Opladen vom 12. Mai 1967 ergibt.

c) Zu Unrecht halten die Angeklagten Franz, Stadie und Mentz die Bestimmung der Ergänzungsgeschworenen Prengel, Dramsch, Esser und Frenzel für fehlerhaft. Für ihre Auswahl galten die §§ 49, 84 GVG. Es entspricht daher dem Gesetz, daß sie nach der Liste der Hilfsgeschworenen und nicht der Hauptgeschworenen ausgewählt worden sind (vgl. BGHSt 18, 349, 350). Danach kommt es nicht mehr darauf an, daß die Ergänzungsgeschworenen Prengel, Esser und Frenzel nicht in den Kreis der zur Entscheidung berufenen Richter eingetreten und daher nicht Mitglieder des erkennenden Gerichts im Sinne des § 338 Nr. 1 StPO geworden sind, Prengel sogar schon vor Beginn der Hauptverhandlung von seinem Amt entbunden und durch den Hilfsgeschworenen Frenzel ersetzt worden ist.

d) Das Schwurgericht war entgegen der Meinung der Beschwerdeführer in der Person des Geschworenen Dramsch, der an die Stelle des Geschworenen Windisch getreten ist, vorschriftsmäßig besetzt.

Dem Eintritt des Ergänzungsgeschworenen lag ein Gerichtsbeschluß zugrunde. Einen dahingehenden Vermerk enthielt die zunächst zu den Akten gelangte Niederschrift über den betreffenden Sitzungstag freilich nicht; er ist aber in dem später neu gefertigten Protokoll enthalten. Der Sache nach war diese Neufertigung eine Protokollberichtigung, denn die Nieder-

schrift war mit dem Anfügen der Unterschrift beider Urkundspersonen fertiggestellt (BGHSt 23, 115). Diese Berichtigung hätte zwar in der Form von besonderen, als nachträglich abgegeben deutlich erkennbaren und von den Urkundspersonen unterschriebenen Erklärungen vorgenommen werden sollen (vgl. Geier bei Löwe/Rosenberg, StPO, 21. Aufl., § 271 Anm. 4). Daß stattdessen eine neue Niederschrift hergestellt wurde, nimmt der Berichtigung hier indes nicht die Wirksamkeit. Sinn und Zweck der Forderung nach gesonderten Erklärungen ist es, dem Beschwerdeführer erforderlichenfalls den Nachweis zu erleichtern, daß eine Protokollberichtigung erst nach Erhebung einer bestimmten Revisionsrüge vorgenommen worden ist, der sie den Boden entzöge, daß sie also unbeachtet bleiben muß (vgl. dazu BGHSt 2, 125; 10, 145). Darum kann es sich aber im vorliegenden Falle nicht handeln, weil die Niederschrift noch vor Eingang der Revisionsrechtfertigungen neu gefertigt wurde.

Ist sonach von einem Gerichtsbeschluß auszugehen, so braucht die Frage, ob auch der Vorsitzende allein über den Eintritt eines Ergänzungsgeschworenen befinden kann (so Müller/Sax, GVG, 6. Aufl., § 192 Anm. 4b gegen die allerdings herrschende Meinung), nicht mehr entschieden zu werden. An dem Beschluß hat im übrigen auch der Geschworene Dramsch mitgewirkt. Die gegenteilige Behauptung einiger Beschwerdeführer ist durch die dienstlichen Äußerungen des Vorsitzenden und des Berichterstatters vom 10. Mai 1967 widerlegt.

Richtig ist nun freilich, daß der Gerichtsbeschluß, der im Laufe einer Hauptverhandlung gefaßt wurde, ohne die in § 33 Abs. 1 StPO vorgeschriebene vorherige Anhörung der Beteiligten zustande gekommen ist. Auf diesem Mangel beruht aber das Urteil nicht. Denn § 338 Nr. 1 StPO "will nicht etwa die Innehaltung jeglicher Förmlichkeit der Besetzung der Richterbank, sondern lediglich den Erfolg sicherstellen, daß keine anderen Personen an der Rechtsfindung mitwirken als die, die bei Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften dazu berufen sind" (BGH NJW 1952, 987; BGHSt 18, 200, 202). Entscheidend ist also allein, ob das Urteil von eben den Richtern gesprochen worden ist, die auch bei Befolgung der gesetzlichen Vorschriften am Richtertisch gesessen hätten (BGH, aaO). Das war jedoch hier der Fall; kein anderer Geschworener hätte an der Entscheidung mitgewirkt. Wie sich aus dem Aktenvermerk des Vorsitzenden vom 30. August 1965 (Bd. XXXIX Bl. 593/94 d.A.) ergibt, war der bisherige Geschworene Windisch nach der Auffassung sowohl des behandelnden Arztes wie des Amtsarztes - und zwar "für die nächsten Wochen" - außerstande, an der weiteren Urteilsberatung teilzunehmen. Damit schied auch die von den Revisionen der Angeklagten Matthes und Mentz angesprochene Möglichkeit einer Unterbrechung der Hauptverhandlung aus (vgl. § 229 StPO); es mußte ein Ergänzungsrichter an die Stelle Windischs treten. Daß indes der Ergänzungsgeschworene Dramsch der nächstberufene Laienrichter war, bezweifeln auch die Revisionen nicht.

Da der Beschluß nur feststellende Bedeutung hat, kommt es für die Frage seiner Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe nicht an. Das ergibt sich auch daraus, daß sonst der Ergänzungsrichter bei der Beschlußfassung über die Verhinderung seines Vorgängers nicht mitwirken könnte. Der nur feststellende Charakter hindert die Verfahrensbeteiligten nicht daran, die irrige Annahme eines Hinderungsgrundes oder die unrichtige Auswahl des Ergänzungsrichters zu beanstanden.

Der Angeklagte Matthes macht noch geltend, durch die unterbliebene Anhörung sei er um die Möglichkeit einer Ablehnung des Geschworenen Dramsch (§ 24 StPO) gebracht worden. Er behauptet in diesem Zusammenhang aber selbst nicht, daß ein Ablehnungsgrund vorgelegen habe.

Nach alledem kann außer Betracht bleiben, daß die Angeklagten und ihre Verteidiger immerhin nachträglich Gelegenheit erhalten haben, sich zu der Frage des Richterwechsels zu äußern, wie sich schon aus der ursprünglichen Fassung der Sitzungsniederschrift ergibt. Die darin enthaltene Feststellung, seitens der Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagten seien Erklärungen hierzu nicht abgegeben worden, kann sinnvoll nur dahin verstanden werden, daß sie die Möglichkeit dazu gehabt hätten (vgl. insoweit BGHSt 17, 337, 340/41).

2. Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs (§ 338 Nr. 3 StPO)

Der Verteidiger des Angeklagten Matthes hat in der Sitzung vom 15. Oktober 1964 die Richter und Ge-

schworenen des Schwurgerichts, den Protokollführer und sämtliche Ergänzungsrichter und -geschworenen wegen Befangenheit abgelehnt. Diese sah er nach dem Wortlaut seines Ablehnungsgesuchs darin, "daß der abgelehnte Personenkreis mit rassisch Verfolgten, die in Vernichtungslagern umgekommen sind oder sonst in KZ-Lagern waren, ferner mit politisch Verfolgten unter denselben Voraussetzungen, verwandt oder verschwägert waren oder sind".

Dieses Gesuch hat das Schwurgericht entgegen der Meinung des Beschwerdeführers Matthes zu Recht als unzulässig verworfen.

Zwar kann auch ein ganzes Kollegialgericht in der Form abgelehnt werden, daß für jedes einzelne Mitglied ein Ablehnungsgrund dargetan wird; er kann sogar für alle Mitglieder derselbe sein (vgl. BGHSt 23, 200). Stets aber muß der Gesuchsteller Tatsachen darlegen, die für das Vorliegen des Ablehnungsgrundes sprechen. Statt dessen hat der Angeklagte Matthes, ohne irgendeinen tatsächlichen Anhaltspunkt auch nur für einen der Abgelehnten angeben zu können, lediglich allgemein das Bestehen eines Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisses der Gerichtspersonen zu einem Verfolgten geltend gemacht, bezeichnenderweise auch nur dem äußeren Gewande nach in Gestalt einer Behauptung, der Sache nach nur als - entfernte - Möglichkeit. Dies letztere hat er mit der Wendung von der "Prüfung der Ablehnungsfrage" im Schlußabsatz seines Gesuchs selbst eingeräumt. Das Gesuch lief danach auf eine bloße, in dieser Form unzulässige Ausforschung hinaus; in

Wahrheit wurde ein Ablehnungsgrund nicht angegeben. Es durfte daher auch das Gericht mit den abgelehnten Richtern entscheiden (vgl. seit Inkrafttreten des Strafprozeßrechtsänderungsgesetzes § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO).

3. Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten Stadie (§ 338 Nr. 5 StPO)

Wie sich aus der Sitzungsniederschrift (vgl. die Protokolle vom 10. Dezember 1964, 2., 3. und 5. August 1965 und 3. September 1965) ergibt, ist der Angeklagte Stadie mehrfach auf seine Verhandlungsfähigkeit untersucht worden und haben sowohl die Verteidigung als auch das Gericht ihre besondere Aufmerksamkeit gerade dieser Frage gewidmet. In keinem Falle ist die Verhandlung trotz der Erklärung des Angeklagten, er könne ihr nicht mehr folgen, oder entgegen dem ärztlichen Urteil fortgesetzt worden. Bei dieser Sachlage läßt sich eine Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten nicht feststellen, abgesehen davon, daß darüber zu befinden in erster Linie Sache des Tatrichters ist (BGH, Urt. vom 29. April 1954 - 3 StR 439/53 - bei Dallinger MDR 1958, 142).

Der Beschwerdeführer macht, was im besonderen den Sitzungstag des 3. September 1965 betrifft, noch geltend, er hätte vor Aufhebung des Abtrennungsbeschlusses ärztlich auf seine Verhandlungsfähigkeit untersucht werden müssen; das Schwurgericht hätte sich allein auf seine Äußerung, er fühle sich jetzt wieder in der Lage, der Urteilsbegründung

zu folgen, nicht stützen dürfen. Dies hat das Gericht aber gerade nicht getan. Denn der medizinische Sachverständige, den es dazu befragte, hatte nach der Mittagspause erklärt, der Angeklagte werde "in etwa einer Stunde" an der Verhandlung wieder teilnehmen können.

Die Rüge aus § 338 Nr. 5 StPO ist demnach unbegründet.

4. Verstoß gegen § 243 Abs. 3 StPO aF, § 244 Abs. 1 StPO

Es kann dahinstehen, ob es sich bei der von dem Angeklagten Matthes beanstandeten Aufgliederung der Hauptverhandlung sachlich um eine Abweichung von der im Gesetz vorgeschriebenen Reihenfolge des Verhandlungsablaufs gehandelt hat (vgl. BGHSt 19, 93, 96). Jedenfalls ist gegen diese Abweichung deshalb nichts einzuwenden, weil der Angeklagte und sein Verteidiger auf die Einhaltung der betreffenden Bestimmungen verzichtet haben. Dieser Verzicht, der auch stillschweigend erklärt werden kann, liegt darin, daß sie es unterließen, gegen die vom Vorsitzenden gewählte Reihenfolge Widerspruch zu erheben (BGH, aaO, S. 97).

Auch ein Verstoß gegen den von der Revision des Angeklagten Matthes ebenfalls als verletzt bezeichneten § 136 Abs. 2 StPO ist nicht ersichtlich. Die Revision behauptet selbst nicht, daß dem Angeklagten die in dieser Vorschrift beschriebene Verteidigungsmöglichkeit nicht - wenn auch zum Teil erst zu einem späteren Zeitpunkt - geboten worden ist.

5. Konsularische Zeugenvernehmungen

Weder § 20 des Konsulargesetzes noch die von den Beschwerdeführern angegebenen Bestimmungen der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes sind bei den Zeugenvernehmungen in den Vereinigten Staaten und in Kanada verletzt worden. Wie die dienstlichen Erklärungen der Konsuln in New York - Fernschreiben des Auswärtigen Amts in Bonn (Bd. XXXIX Bl. 454) - und in Montreal (Bd. XXXIX Bl. 456-458) ergeben, haben die Konsuln die Erörterung des Sachverhalts und die Stellung der Fragen zwar weitgehend dem berichterstattenden Richter überlassen. Dagegen ist jedoch insolange nichts einzuwenden (vgl. auch § 239 StPO), als sie die Leitung der Vernehmung in der Hand behielten und die Verantwortung für sie trugen. Das war aber nach ihrer Äußerung der Fall. Aus diesem Grund kann auch von einer Richterentziehung (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht die Rede sein.

Während der Dauer der Vernehmungen waren die Konsuln ständig zugegen; soweit sie den Vernehmungsraum einige Male für kurze Zeit verlassen mußten, wurde die Anhörung jeweils unterbrochen. Das steht fest auf Grund der dienstlichen Äußerung des Landgerichtsrats Dr. Bach und des früheren Staatsanwalts Gnichwitz. Damit entfällt die tatsächliche Grundlage für die von mehreren Angeklagten an die angeblich zeitweilige Abwesenheit der Beamten während der Vernehmungen geknüpften rechtlichen Folgerungen.

Das Auswärtige Amt hat dem Bundesminister der Justiz gegenüber bestätigt, daß der Konsul Dr. Bertele bei dem Generalkonsulat der Bundesrepublik in Montreal entgegen der Meinung der Revisionen der Angeklagten Franz und Stadie auch die in § 20 Satz 1 des Konsulargesetzes vorausgesetzte Ermächtigung zur Abnahme von Eiden besaß. In die Sitzungsniederschrift brauchte das nicht aufgenommen zu werden.

Die Angeklagten Franz und Matthes irren, wenn sie die Verlesung der den Vernehmungsniederschriften von den Konsuln angefügten Vermerke über die Glaubwürdigkeit der einzelnen Zeugen für unzulässig halten. Zu den Niederschriften, deren Verlesung in der Hauptverhandlung § 251 Abs. 1 StPO gestattet, gehören als Teile auch die Äußerungen des beauftragten oder ersuchten Richters über das Verhalten des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten bei der Aussage und über den Eindruck, den der Richter von ihm erhalten hat; auch sie sind mitzuverlesen (Geier bei Löwe/Rosenberg, 21. Aufl., § 251 StPO Anm. B 6; RGSt 37, 212; BGHSt 2, 1, 3).

§ 257 StPO ist auch nach der Verlesung des Protokolls über die kommissarische Vernehmung des Zeugen Unger beachtet worden. Das beweist die Sitzungsniederschrift vom 19. März 1965, dem Tage dieser Verlesung, nach der den Angeklagten "jeweils Gelegenheit zur Erklärung gemäß § 257 StPO gegeben" wurde. Im übrigen begründet eine Verletzung jener von dem Beschwerdeführer Franz selbst als (bloßer) Ordnungsvorschrift bezeichneten Bestimmung die Revision nicht, sofern nur das rechtliche Gehör - wie hier - insgesamt genügend gewährt worden ist.

6. Ablehnung von Beweisanträgen

a) Alle Beschwerdeführer beanstanden die Ablehnung ihres Antrags auf Vorführung des Films über die Hauptverhandlung gegen die Verschwörer des 20. Juli 1944 vor dem Volksgerichtshof. Es kann dahinstehen, ob nicht die dahin zielenden Rügen der Angeklagten Franz, Matthes, Miete, Münzberger, Stadie, Suchomel und Lambert schon an der Vorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, nämlich daran scheitern müssen, daß die Beweistatsache, so wie sie in dem Antrag angegeben war, nicht hinreichend genau mitgeteilt wird (vgl. BGHSt 3, 213). Die Beanstandung ist jedenfalls unbegründet; der Ablehnungsbeschluß enthält keinen Rechtsfehler. Das damalige Verfahren vor dem Volksgerichtshof und die dabei zutage getretene Einstellung seiner Richter konnte nur mittelbar Bedeutung für die richterliche Überzeugung in der vorliegenden Sache haben. Der Schluß von den Tatsachen, die durch die sinnliche Wahrnehmung der Filmvorführung hätten bewiesen werden können, auf unmittelbar erhebliche Umstände war aber keineswegs zwingend, sondern allenfalls möglich. Die Entscheidung über die tatsächliche Erheblichkeit der Beweisbehauptung war danach Sache des Tatrichters (vgl. BGH GA 1964, 77).

So hat denn auch der Bundesgerichtshof in seinem (nicht veröff.) Urteil vom 24. Mai 1967 - 2 StR 455/66 - zur Frage der Vorführung desselben Films in einem ebenfalls die Ermordung von Juden betreffenden Verfahren bereits ausgeführt:

"Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß der Tatrichter durch förmliche Beweisanträge nicht gezwungen werden kann, im Strafverfahren dieser und ähnlicher Art Beweise über die zeitgeschichtliche Situation zu erheben. Abgesehen davon, daß diese Situation häufig offenkundig sein wird, können zu ihrer Erhellung im allgemeinen nur Tatsachen unter Beweis gestellt werden, aus denen das Gericht erst wieder Schlüsse zugunsten des Angeklagten ziehen soll, die also höchstens mittelbar Bedeutung für die richterliche Überzeugung haben können. In solchen Fällen hat der Tatrichter die Frage der tatsächlichen Erheblichkeit in freier Beweiswürdigung zu prüfen. Verneint er sie, so kann er den Antrag ablehnen, weil die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist (vgl. RGSt 29, 368; 63, 329)."

Damit entfällt auch eine Verletzung des § 338 Nr. 8 StPO. Da es sich um einen Antrag auf Vornahme eines Augenscheins handelte, war auch die Begründung für die Ablehnung ausreichend.

b) Die Revisionen aller Angeklagten bemängeln die Ablehnung des Antrags auf Vernehmung des in der DDR wohnhaften Zeugen Franz Preissler wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels, geben aber keine Tatsachen an, aus denen sich für das Gericht die begründete Aussicht ergab, eine Aussage des Zeugen doch noch erlangen zu können (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

Im übrigen hat das Schwurgericht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer die ihm obliegende Aufklärungspflicht beachtet und alle hier in Betracht kommenden Anstrengungen entfaltet, um eine Aussage des

Zeugen herbeizuführen (vgl. BGH NJW 1953, 1522). Nachdem der Zeuge mitgeteilt hatte, er könne aus gesundheitlichen Gründen und weil er keine Ausreisegenehmigung erhalte, nicht am Gerichtsort erscheinen, hatte das Schwurgericht seine kommissarische Vernehmung durch das für ihn zuständige Kreisgericht angeordnet. Vorsitzender und Berichterstatter hatten sich mehrfach fernmündlich um die Durchführung dieser Vernehmung bemüht. Daneben war vergeblich versucht worden, von katholischen Kirchenbehörden schriftliche Unterlagen über den den Gegenstand des Beweisantrags bildenden Vorgang zu erhalten, der nach einer Pressemitteilung zur Ernennung des Zeugen zum Ritter des Sylvesterordens durch den Papst geführt hatte. Als das Kreisgericht schließlich mitteilte, der Generalstaatsanwalt der DDR habe das Rechtshilfeersuchen an sich gezogen, und von dieser Behörde keine Nachricht einging, konnte das Schwurgericht unter den gegebenen politischen Verhältnissen und nach den bestehenden Erfahrungen im Verkehr mit dem Generalstaatsanwalt in Ost-Berlin in rechtlich nicht angreifbarer Weise auf die Unerreichbarkeit des Zeugen schließen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß es dabei den Begriff der Unerreichbarkeit verkannt hätte. Im übrigen hat der Generalstaatsanwalt auch später keine Nachricht gegeben.

c) Die Rügen, welche die Revision des Angeklagten Matthes im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung der Zeugin Kainer erhebt, sind unzulässig. Denn der Beschwerdeführer teilt den Inhalt dieses Antrags nicht mit (vgl. BGHSt 3, 213); durch eine Verweisung auf die

Sitzungsniederschrift oder eine dazu gehörende Anlage kann die Angabe nicht ersetzt werden. Außerdem gibt er den gerichtlichen Ablehnungsbeschluß unrichtig wieder (vgl. BGH NJW 1956, 1767). Nur auf dieser Grundlage kann er auch zu der Ansicht gelangen, das Gericht habe sich an die Wahrunterstellung nicht gehalten. In dieser Form entspricht die Rüge nicht der Vorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

Gleiches gilt für die weitere Beanstandung, der Beweisantrag hätte überhaupt nicht durch eine Wahrunterstellung erledigt werden dürfen, die Zeugin hätte gehört werden müssen. Ob sich ihre Vernehmung aufdrängte (§ 244 Abs. 2 StPO), läßt sich ebenfalls nicht ohne die Kenntnis vom Inhalt des Beweisantrags beurteilen. Hatte der Verteidiger nämlich die zusätzlichen Tatsachen, von denen er jetzt sagt, daß eine Vernehmung der Zeugin sie zutage gefördert hätten, in seinem Antrag nicht angegeben, so brauchte sich auch das Gericht im Zweifel von dieser Anhörung eine weitere Aufklärung nicht zu versprechen.

7. Zulassung der Nebenkläger

Die Zulassung der Nebenklage setzt in tatsächlicher Hinsicht - wie im übrigen auch in rechtlicher Beziehung - die bloße Möglichkeit der Verurteilung aus dem für den Anschluß in Anspruch genommenen rechtlichen Gesichtspunkt voraus. Der Angeklagte Franz war spätestens von Anfang September 1942 an (UA S. 108) bis Ende November 1943 (UA S. 106),

der Angeklagte Lambert im Mai/Juni 1942, im August 1942 und im Frühjahr 1943 (UA S. 479 ff) im Lager Treblinka tätig. Beide Angeklagten können also an der Tötung der dort umgekommenen Angehörigen der Nebenkläger mitgewirkt haben. Diese Möglichkeit rechtfertigte die Anschlußerklärung auch im Verfahren gegen Franz und Lambert (vgl. BGH, Urt. vom 20. Februar 1969 - 2 StR 280/67 S. 124/125 - Auschwitz-Verfahren). Zu Unrecht beanstanden diese Angeklagten daher die Zulassung der Nebenkläger.

Damit braucht nicht entschieden zu werden, ob ein Urteil auf der gesetzwidrigen Beteiligung eines Nebenklägers beruhen kann (für den Regelfall verneinend die herrschende Meinung, vgl. Sarstedt, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., S. 24; Schwarz/Kleinknecht, StPO, 29. Aufl., § 396 Anm. 7 A).

8. Vereidigung der Zeugen

a) Verschiedene Angeklagte wenden sich mit ihren Revisionen gegen die unterbliebene Vereidigung der Zeugen Girtzig, Streckenbach, Bieberstein und Frau Raabe. Soweit diese Rüge von dem Angeklagten Suchomel erhoben wird, ist sie wegen unzureichender Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Auf die Nichtvereidigung des Zeugen Girtzig kann die Revision nicht gestützt werden, weil sie auf einer bloßen Anordnung des Vorsitzenden beruht und die Angeklagten und ihre Verteidiger von dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO keinen Gebrauch gemacht haben. Im übrigen sind die Rügen unbegründet.

Das Schwurgericht hat die genannten Zeugen wegen Beteiligungsverdachts unvereidigt gelassen. Dagegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Eine "Beteiligung" an der Tat in dem weiten Sinne des § 60 Nr. 3 StPO (vgl. dazu BGHSt 6, 382) kann auch vorgelegen haben, wenn die Zeugen nie in Treblinka gewesen sind, sondern als "Schreibtischtäter" oder in ähnlicher Weise überörtlich an der Aktion der Judenvernichtung strafbar mitgewirkt haben. Ein solcher Verdacht lag sogar nahe, waren doch nach den Beweisantragsschriften der Verteidiger der Zeuge Streckenbach von 1940 bis Ende 1942 Personalchef des Amtes I im Reichssicherheitshauptamt, Nachfolger von Dr. Best und SS-Gruppenführer, später Generalleutnant der Polizei, und der Zeuge Bieberstein Kommandeur des Einsatzkommandos 8 der Einsatzgruppe C gewesen, während Frau Raabe in der Kanzlei des Führers tätig war (UA S. 443). Auf welche Tatsachen im einzelnen es den Verdacht stützte, brauchte das Schwurgericht nicht anzugeben (BGH NJW 1952, 273).

b) Wenn der Angeklagte Matthes andererseits meint, "die verletzten Zeugen" hätten nicht vereidigt werden dürfen, so geht auch diese Ansicht fehl. Von der Vereidigung eines durch die Straftat verletzten Zeugen kann abgesehen werden, wenn der Richter sie nach seinem pflichtgemäßen Ermessen nicht für angezeigt hält (BGH VRS 11, 438). Das Revisionsgericht hat diese Entscheidung nur daraufhin nachzuprüfen, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff des Verletzten verkannt oder die Bestimmung des § 61 Nr. 2 StPO übersehen oder falsch ausgelegt hat. Für keine dieser

Möglichkeiten besteht hier ein Anhaltspunkt. Insbesondere würde selbst fehlende Glaubwürdigkeit das Schwurgericht nicht gezwungen haben, von der Vereidigung abzusehen. Keine Rede kann davon sein, daß die Zeugen "unter diesen Umständen" überhaupt nicht hätten vernommen werden dürfen.

Der im Zusammenhang damit behauptete Verstoß gegen §§ 243 Abs. 2 (243 Abs. 4 aF), 58 Abs. 1 StPO ist nicht in einer der Bestimmung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechenden Form dargetan; die Revision gibt nicht an, welche Zeugen vor ihrer Vernehmung der Hauptverhandlung als Zuhörer beigewohnt haben. Im übrigen enthält § 58 Abs. 1 StPO eine bloße Ordnungsvorschrift, auf deren Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann (BGH NJW 1962, 260, 261). Es war Sache des Tatrichters, den Umstand, daß eine Reihe von Zeugen schon vor ihrer Vernehmung an der Verhandlung teilgenommen hatte, bei der Würdigung ihrer Aussagen zu berücksichtigen. Das gleiche gilt von der weiteren Behauptung der Revision, die Zeugen seien alle im selben Hotel untergebracht gewesen.

9. <u>"Überforderung" der Geschworenen</u>

§ 261 StPO kann allerdings auch dadurch verletzt werden, daß das Gericht nicht den gesamten Prozeßstoff, wie er sich als das Ergebnis der Verhandlung darstellt, bei seiner Überzeugungsbildung verwertet (vgl. Geier bei Löwe/Rosenberg, StPO, 21. Aufl., § 261 Anm. 2; Eb. Schmidt, StPO, Teil II, § 261 Rdn. 7;

BGH NJW 1951, 325 Nr. 26). Davon, daß dies hier bewiesen sei - wie es erforderlich wäre, um den darauf gestützten Rügen zum Erfolg zu verhelfen - kann indes ersichtlich nicht die Rede sein. Den Revisionen ist zwar zuzugeben, daß der Umfang des Verfahrensstoffes und die Dauer der Verhandlung insbesondere die Laienrichter vor schwere Aufgaben stellte. Die Auswahl der Schöffen und Geschworenen (§ 84 GVG), insbesondere die Vorschriften der §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 40 Abs. 3 Satz 1 GVG (qualifizierte Mehrheit für die Aufnahme in die Vorschlagsliste und bei der Wahl), des § 33 Nr. 1 und 3 (Eignung) und des § 37 GVG (Möglichkeit des Einspruchs gegen die Vorschlagsliste), geben aber bereits eine gewisse Gewähr dafür, daß in dieses Amt Personen mit Lebenserfahrung, Berufsbewährung und den entsprechenden Verstandeskräften berufen werden. Bei der Erfüllung ihrer richterlichen Aufgabe werden sie von den Berufsrichtern unterstützt (Nr. 122 Abs. 2 RiStV). Durch Aufgliedern des Prozeßstoffes ließ sich dessen Bewältigung erleichtern. Schließlich stand auch das während der Hauptverhandlung aufgenommene Tonband zur Verfügung, um das Gedächtnis der Gerichtsmitglieder in einzelnen Punkten wieder aufzufrischen.

Läßt sich sonach nicht sagen, daß das Schwurgericht Teile des Verhandlungsergebnisses nicht berücksichtigt hat, so scheidet auch ein Verstoß gegen § 264 Abs. 1 StPO aus.

10. Verletzung der Aufklärungspflicht

a) Das Schwurgericht hat zur Frage der Geistesbeschaffenheit des Angeklagten Stadie zur Tatzeit den Ober-

medizinalrat Dr. Hindringer als Sachverständigen vernommen. Dieser hielt die jetzt nachträglich von dem Angeklagten geforderte Ausdehnung der Beweisaufnahme offenbar nicht für nötig, um die ihm gestellten Fragen beantworten zu können. Auch die Revision behauptet nicht, in der Verhandlung seien Anhaltspunkte dafür erkennbar geworden, daß der Angeklagte schon in den Jahren 1942 an Cerebralsklerose oder einem sonstigen geistigen Mangel gelitten haben könnte. Demzufolge haben der Angeklagte und sein Verteidiger auch keinen Antrag auf Vernehmung der nunmehr genannten Zeugen gestellt. Noch weniger drängte sich diese Anhörung daher dem Schwurgericht auf.

b) Der Angeklagte Lambert sieht eine Verletzung der Aufklärungspflicht darin, daß er oder diejenigen Zeugen, auf deren Angaben das Schwurgericht die Feststellung von dem Bestehen einer Freundschaft zwischen ihm und dem SA-Standartenführer Blankenburg stützt, nicht erneut vernommen worden sind. In gleicher Weise beanstandet er, daß der ehemalige Personalchef Oels der Dienststelle T 4 nicht über den Zweck des Besuchs, den dieser Zeuge dem Angeklagten während dessen Erkrankung im Jahre 1942 abgestattet hat, nochmals gehört worden ist. Beide Rügen sind schon im Ausgangspunkt verfehlt. Daß der Angeklagte oder ein Zeuge eine bestimmte Aussage nicht gemacht habe, kann entgegen der Meinung der Revision aus dem Schweigen des Sitzungsprotokolls bereits deshalb nicht entnommen werden, weil in dieses nur die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen aufzunehmen sind (§ 273 Abs. 2 StPO nF), die Niederschrift also keinen Anspruch auf Vollständigkeit

erhebt. Noch weniger kann selbstverständlich ein solcher Schluß aus dem Protokoll für den Teil der Hauptverhandlung gezogen werden, währenddessen - bis zum 1. April 1965 (Art. 7 Nr. 15a, 14 Abs. 1, 18 Abs. 1 StPÄG) - § 273 Abs. 2 nF noch nicht in Kraft war. Ist damit den Rügen von vornherein der Boden entzogen, so kommt es nicht mehr darauf an, ob für Fälle wie den von Sarstedt (Die Revision in Strafsachen, S. 128 Anm. 45) geschilderten eine Ausnahme von dem Grundsatz zu machen wäre, daß ein Widerspruch zwischen den Urteilsgründen und dem, was die Sitzungsniederschrift über den Inhalt von Aussagen angibt, die Revision nicht begründen kann (vgl. Eb. Schmidt, StPO Teil II, § 273 Rdn. 13 in der Fassung der Nachträge und Ergänzungen, Nachtragsband I; BGH LM § 273 StPO Nr. 3 = NJW 1966, 63). Denn jener Fall liegt - das verkennt die Revision - wesentlich anders.

c) Die darüber hinaus von der Revision des Angeklagten Lambert erhobenen Aufklärungsrügen (Rechtfertigungsschrift vom 9. Januar 1967 S. 9 bis 18) sind teils wegen unzureichender Angabe der nach Ansicht der Revision weiter aufklärungsbedürftigen Tatsachen, teils wegen fehlender Angabe des Beweismittels, mit Hilfe dessen die geforderte Aufklärung hätte betrieben werden sollen, teils aus beiden Gründen unzulässig. Überdies kann mit der Revision nicht gerügt werden, daß der Angeklagte nicht erschöpfend befragt worden sei (BGH VRS 27, 192).

Im übrigen handelt es sich bei den in diesem Rahmen gemachten Ausführungen des Angeklagten Lambert überwiegend um Angriffe sachlich rechtlicher Art; sie

werden mit der Sachbeschwerde erörtert werden. Das gilt auch für die Beanstandung des Angeklagten Matthes hinsichtlich der Zahl der unter seiner Beteiligung ermordeten Personen (Begründungsschrift vom 14. März 1967 S. 18).

11. Verletzung des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Unter dem verfahrensrechtlichen Gesichtspunkt dieser Vorschrift kann nur beanstandet werden, daß das Urteil diejenigen Umstände nicht anführt, die für das Gericht bei der Zumessung der Strafe bestimmend waren; im übrigen ist eine erschöpfende Darstellung der Strafzumessungserwägungen weder vorgeschrieben noch möglich (BGHSt 3, 179; vgl. auch BGHSt 8, 205, 210). Entgegen der Auffassung der Angeklagten Stadie, Miete und Lambert genügen die Ausführungen des Schwurgerichts diesen Anforderungen. Es trifft auch nicht zu, daß das Gericht die straffreie Führung der Angeklagten vor und nach ihrem Einsatz in Treblinka nicht berücksichtigt und nicht gewürdigt hat, "wie sie nach Treblinka gelangt sind" (vgl. dazu UA S. 662, 660). Mit dem Hinweis auf die Abkommandierung und die damit geschaffene "unvermittelte Verstrickung" knüpft das Urteil ersichtlich an die Schilderungen in den jedem Angeklagten gewidmeten Abschnitten "Persönliche Verhältnisse" an. Ebenso verhält es sich mit dem von den Revisionen der Angeklagten Stadie und Lambert als "formelhaft" beanstandeten Hinweis des Schwurgerichts auf die doppelte Strafmilderungsmöglichkeit nach Versuchsgrundsätzen (UA S. 676, 677, 680). Denn damit nimmt das Urteil stillschweigend Bezug auf die zur Teilnahmeform und zum Ver-

botsirrtum an anderer Stelle (UA S. 582 - 584, 590, 256 ff, 485, 606, 659 ff) gemachten ausführlichen Darlegungen.

12. Identität der Tat (§ 264 StPO)

Die Rüge des Angeklagten Matthes, das Schwurgericht habe mit seiner Verurteilung wegen der Erschießung der Leichenträger Josel Rosenbaum und David einen Vorgang in das Verfahren einbezogen, der nicht Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses gewesen sei, ist offensichtlich unbegründet. In der - insoweit unverändert in den Eröffnungsbeschluß übernommenen - Anklageformel in Verbindung mit dem wesentlichen Ermittlungsergebnis (Anklageschrift S. 12, 187) war der Beschwerdeführer der Tötung der genannten beiden Juden beschuldigt. Wegen nichts anderem ist er verurteilt worden. Soweit es in der Anklageschrift heißt "... erschoß der Angeklagte den Genannten", handelt es sich erkennbar um einen Schreibfehler.

II. Die Sachbeschwerde

1. Gemeinsames für alle Revisionen

a) Nach den Urteilsfeststellungen wurden im Lager Treblinka mindestens 700000 Juden und Zigeuner umgebracht (UA S. 48 ff). Davon ausgehend ermittelt das Schwurgericht die jeweilige Zahl von Personen, an deren (Massen-)Tötung der einzelne Angeklagte beteiligt war, indem es die Dauer seiner Tätigkeit

in Treblinka, urlaubs- und krankheitsbedingte Abwesenheit und die Tatsache in Betracht zieht, daß in den letzten Monaten des Jahres 1942 besonders viele Transporte eingelaufen waren (s. UA S. 539, 581, 584, 588, 594). Es unterlag seiner tatrichterlichen Würdigung (§ 261 StPO), danach die jeweilige Mindestzahl der Getöteten festzulegen . Rechtsfehler treten dabei nicht zutage. Allerdings waren z.B. der Angeklagte Matthes an der "Sonderbehandlung" im "Lazarett", die Angeklagten Miete und Mentz umgekehrt an der Vergasung nicht unmittelbar beteiligt. Das stellt indes ihre strafrechtliche Mithaftung auch insoweit nicht in Frage. Sie haben allein durch ihre Zugehörigkeit zu dem Sonderkommando Treblinka, das eigens für die Ausrottung der Juden gebildet worden war, bei der Tötung der Opfer Hilfe geleistet (vgl. BGH, Urt. vom 25. November 1964 - 2 StR 71/64 S. 19).

Rechtliche Bedenken gegen die Annahme, es habe sich um mindestens 300000 Menschen gehandelt, an deren Ermordung er beteiligt war (UA S. 591), ergeben sich auch bei dem Angeklagten Lambert nicht. Nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der 700000 Opfer ist in der alten, kleinen Gaskammer vergast worden, der weitaus größte Teil hat den Tod in der großen Gaskammer gefunden (UA S. 590). Danach bietet die Zahl von 300000 keinen Anhalt dafür, daß in sie auch die an anderer Stelle im Lager, insbesondere im "Lazarett" Getöteten, mit einbezogen sein könnten. Deren Zahl ist überdies nicht so hoch (vgl. UA S. 298, 338), daß sie in diesem Rahmen erheblich ins Gewicht fallen könnte.

b) Ohne Rechtsirrtum gelangt das Schwurgericht zu dem Ergebnis, daß die Angeklagten, soweit sie auf Befehl handelten, nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 des Militärstrafgesetzbuchs die Strafe des Teilnehmers treffen muß. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt allerdings sicheres Wissen von dem verbrecherischen Zweck des Befehls voraus (BGHSt 5, 239, 244). Das Vorhandensein dieses Wissens ist jedoch hinsichtlich aller Angeklagten auf Grund ihrer eigenen Einräumungen festgestellt (vgl. UA S. 233, 256, 285, 331, 391, 438, 471, 485, 599). Über diese Feststellung setzt sich die Revision des Angeklagten Matthes mit ihrer gegenteiligen Behauptung hinweg.

c) Mehrere Beschwerdeführer wenden sich dagegen, daß das Schwurgericht den Irrtum über die Verbindlichkeit der ihnen erteilten verbrecherischen Befehle (dazu vgl. BGHSt 22, 223) als verschuldet ansieht (UA S. 606). Dagegen ist indessen rechtlich nichts einzuwenden. Insbesondere kann davon nicht die Rede sein, daß das Gericht dabei gegen die Grundsätze der Entscheidung BGHSt 2, 194 (201) verstoßen und die Bildungsstufe der Angeklagten, ihr politisches und rechtliches Vorstellungsbild, die damals herrschenden Anschauungen, insbesondere über die Gehorsamspflicht gegenüber dem "Führer", und die massive Propaganda außer acht gelassen hätte. Auf all dies geht das Urteil bei der ausführlichen Schilderung der persönlichen Verhältnisse der Angeklagten und im Rahmen der Strafzumessungserwägungen (UA S. 659 ff) ein. Es kann nicht angenommen werden, daß das Schwurgericht

sich dieser von ihm selbst dargestellten Umstände bei der Prüfung der Irrtumsfrage nicht bewußt gewesen sei. Wenn es bei der Erörterung des Kritikvermögens der Angeklagten die intellektuelle Leistung des Angeklagten Rum hervorhebt und dazu bemerkt, dieser sei lediglich deshalb in der Lage gewesen, die Unverbindlichkeit der Befehle sofort zu erkennen, weil er mehrere Jahre im Ausland verbracht und als Kellner Parteigrößen bedient hatte (UA S. 661), so soll dies ersichtlich nur besagen, daß es bei ihm nicht erst der Gewissensanspannung bedurfte, er dieses Wissen vielmehr sofort gegenwärtig hatte, aber nicht, daß die übrigen Angeklagten es überhaupt nicht erlangen konnten. Die Tatsache, daß auch Persönlichkeiten von intellektuellem Rang Führerbefehle als in jedem Falle verbindlich bezeichnet hätten, auf welche die Revision des Angeklagten Lambert besonders hinweist, schließt eine bessere Erkenntnis im Einzelfall auf dem Boden der grauenhaften Anschauung, wie die Angeklagten sie täglich erfuhren und der jene Persönlichkeiten entbehrten, nicht aus. Die Einsicht, daß der Befehl zu scheußlichem Hinmorden von Millionen Menschen aus bloßem Rassenhaß nicht binden konnte, drängte sich in der Tat auf.

d) Das Schwurgericht kommt auf Grund umfangreicher Beweiserhebungen und nach einer außerordentlich eingehenden (sich über 40 Seiten erstreckenden) Würdigung dieser - die Frage der Anwendbarkeit der §§ 52 oder 54 StGB betreffenden - Beweise zu dem Ergebnis, daß für keinen der Angeklagten eine Nötigungsstands- oder Notstandslage vorgelegen hat

und daß sie auch nicht gehandelt haben, um einer derartigen, irrig angenommenen Lage zu entgehen. Das Gericht stellt fest, daß die Angeklagten im Falle einer Verweigerung der ihnen erteilten Befehle weder Leib noch Leben aufs Spiel gesetzt haben würden (UA S. 610). Es wendet sich dabei auch der Persönlichkeit des Inspekteurs Wirth zu und übersieht nicht, daß dieser seinen Leuten mit Erschießen oder Einweisung in ein KZ für den Fall drohte, daß sie nicht eifrig genug mitmachten. Es ist indes der Überzeugung, daß mit einer Verwirklichung solcher Drohungen nicht zu rechnen war (UA S. 635/36). Darüber hinaus stellt es fest, daß die Angeklagten auch nicht aus Angst vor Wirth, sondern was Franz, Matthes und Miete angeht, auf Grund sadistischer Neigungen, die sie Gefallen an den Tötungen finden ließ, und was die übrigen Angeklagten betrifft, einer falsch verstandenen Gehorsams- und Treuepflicht folgend und der ihnen gebotenen besonderen Vergünstigungen wegen die ihnen zur Last liegenden Taten begangen haben (UA S. 637 ff).

Das Schwurgericht hat also die - an sich denkbare - Möglichkeit eines Handelns aus Angst vor den Folgen einer Befehlsverweigerung nicht außer acht gelassen, wie insbesondere der Angeklagte Mentz meint. Ein Rechtsirrtum ist auch sonst in seinen Darlegungen nicht zu finden. Er kann nicht darin erblickt werden, daß das Urteil, wie die Angeklagten Franz und Lambert geltend machen, dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Seraphim nicht in vollem Umfang folge oder sich doch nicht weitergehend mit

ihm auseinandersetze. Auch besteht kein Widerspruch zu den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 5. Januar 1965 - 5 StR 540/64; der dort behandelte Fall liegt anders. Im übrigen versuchen die Revisionen in unzulässiger Weise, an die Stelle der Beweiswürdigung des Schwurgerichts ihre eigene zu setzen.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der Annahme des Schwurgerichts, die Angeklagten hätten durch Bewährung bei der Euthanasieaktion eine Notlage selbst verschuldet, allgemein oder bei einzelnen Angeklagten Bedenken entgegenstehen. Die Frage hätte ohnehin nur für § 54 StGB Bedeutung.

2. Die Revision des Angeklagten Franz

In der Erschießung von mindestens zehn Häftlingen im September 1942, die Franz "nach eigenem Gutdünken aussuchte" (UA S. 145) und die er nacheinander tötete, sieht das Schwurgericht mit Recht zehn Einzeltaten (UA S. 545), weil ihr ebensoviele Willensbetätigungen zugrundelagen (vgl. BGHSt 16, 397). Dasselbe gilt für die Tötung von sieben Häftlingen (UA S. 161, 549) und diejenige der Juden Chaim und Jakob Edelmann und Salk Wolfowicz (UA S. 165, 551).

Auch der Strafausspruch enthält keinen Rechtsfehler. Auf die Frage der Art der Freiheitsstrafe und die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wird gesondert einzugehen sein.

3. Die Revision des Angeklagten Matthes

a) Sie wirft dem Schwurgericht vor, es habe "in unentwirrbarerweise öffentliche Rechtsverhältnisse und Individualrechte miteinander vermischt". Die Handlungen der Angeklagten seien "a priori straflos, weil sie sie als Kriegshandlungen im öffentlichrechtlichen Auftrag und nicht im eigenen Interesse durchgeführt" hätten. Damit setzt sich die Revision mit dem geltenden Recht in Widerspruch, das Straflosigkeit für auf Befehl begangene Taten, wie sie an anderer Stelle selbst vorträgt, nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe des § 47 MStGB gewährt. Der Senat hat im übrigen in BGHSt 18, 87, 94 bereits ausgeführt:

> "Jede staatliche Gemeinschaft darf und muß verlangen, daß sich jedermann von Verbrechen, auch von unter Mißbrauch staatlicher Befugnisse geforderten, bedingungslos fernhält. Andernfalls wäre jede Ordnung aufgelöst und den politischen Verbrechen das Tor geöffnet. 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 ... (BGHSt 2, 194, 200). Daran ist auch für den Bereich verbrecherischer Regime festzuhalten. Unter besonderen Umständen mögen staatliche Verbrechensbefehle allerdings Strafmilderungsgründe abgeben. Wer aber politischer Mordhetze willig nachgibt, sein Gewissen zum Schweigen bringt und fremde verbrecherische Ziele zur Grundlage eigener Überzeugung und eigenen Handelns macht oder wer in seinem Dienst- oder Einflußbereich dafür sorgt, daß solche Befehle rückhaltlos vollzogen werden, oder wer dabei anderweit einverständlichen Eifer zeigt oder solchen staatlichen Mordterror für eigene Zwecke ausnutzt, kann sich deshalb

nicht darauf berufen, nur Tatgehilfe seiner Auftraggeber zu sein. Sein Denken und Handeln deckt sich mit demjenigen der eigenen Taturheber. Er ist regelmäßig Täter."

Diese Darlegungen gelten auch hier. Sie machen zugleich deutlich, daß der Angeklagte Matthes zu Recht als (Mit-)Täter verurteilt worden ist. Das Gericht gründet diese Bewertung in tatsächlicher Hinsicht darauf, daß er sich mit den verbrecherischen Absichten der Urheber des Mordplanes weitgehend identifizierte, die ihm erteilten Befehle und Anweisungen zur Vernichtung der Juden hemmungslos und mit großem Eifer befolgte und sogar viel mehr tat als ihm befohlen war. Im einzelnen darf auf die Urteilsausführungen auf Seite 263, 285 - 287, 538 verwiesen werden. Mit der Einstufung als Täter wird Matthes indes noch nicht den Hauptverantwortlichen Hitler, Göring, Himmler und Heydrich gleichgestellt, wie die Verteidigung meint. Deshalb liegt darin auch kein "Widerspruch des Urteils in sich selbst".

b) Die Schlüsse, welche die Revision daraus ziehen will, daß eine Bestimmung über Völkermord erst Anfang 1955 in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden ist, sind abwegig. Eine Strafvorschrift wirkt freilich grundsätzlich nicht zurück (§ 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 StGB); auf Grund des § 220a StGB sind die Angeklagten aber auch nicht verurteilt worden. Aus der Aufnahme dieser Bestimmung in das Strafgesetzbuch läßt sich auch nicht herleiten, daß § 211 StGB, wie der Beschwerdeführer Matthes meint, auf den Völkermord nicht anwendbar sei, "da sich ja sonst die Einfügung des § 220a erübrigt hätte". Der Gesetzgeber ist vielmehr gerade davon ausgegangen, daß die dort aufge-

führten Ausrottungshandlungen in vielen Fällen, insbesondere dem der Tötung, bereits vorhandene Tatbestände des Strafgesetzbuchs erfüllen; er war indessen der Ansicht, daß diese Tatbestände dem besonderen Unrechtsgehalt des Ausrottungsverbrechens nicht gerecht werden (BT-Drucksache II/162 Begründung Ziff. II - Begründung zum Zustimmungsgesetz).

c) Hinsichtlich der sog. Exzeßtaten (UA S. 269 - 275) rügt die Revision Verletzung des Satzes "im Zweifel für den Angeklagten", verkennt dabei jedoch das Wesen dieses Rechtssatzes. Er ist nicht schon dann verletzt, wenn das Gericht nach Auffassung des Angeklagten oder des Verteidigers Zweifel hätte haben sollen, sondern erst dann, wenn es sie erkennbar gehabt hat. Dafür bietet das Urteil aber keinerlei Anhalt. Was die Revision in diesem Zusammenhang geltend macht, sind in Wahrheit unzulässige Angriffe gegen die Beweiswürdigung des Tatrichters; solche Angriffe machen im übrigen auch sonst einen nicht unerheblichen Teil der Darlegungen des Beschwerdeführers zur Sachbeschwerde aus.

Wegen der Erhängung von drei Häftlingen, die auf der Flucht gefaßt wurden, ist der Angeklagte nicht verurteilt worden. Zu dem Vorwurf, das Schwurgericht hätte die Erschießung des Josel Rosenbaum und des Juden David als eine Handlung werten müssen, ist auf BGHSt 16, 397 zu verweisen.

d) Auch gegen die Strafzumessungserwägungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Ein Rechtsfehler

ist insbesondere nicht darin zu erblicken, daß das Gericht in den beiden Fällen eines - verschuldeten - Verbotsirrtums von der Möglichkeit der Strafmilderung keinen Gebrauch gemacht hat.

Die Frage der Strafart und der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bleibt auch hier gesonderter Würdigung vorbehalten.

4. Die Revision des Angeklagten Miete

Die Annahme des Schwurgerichts, der Angeklagte sei, sowohl was seine Beteiligung an der Massentötung betrifft wie auch hinsichtlich der sog. Exzeßtaten, Täter und nicht Gehilfe (UA S. 540 - 542, 561 - 564), ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Gericht stellt, ebenso wie bei den übrigen Angeklagten, auch hier zutreffend auf die innere Einstellung des Angeklagten, auf sein Verhältnis zu den Taten ab (vgl. BGH NJW 1966, 1763; BGHSt 18, 87, 94).

Das Schwurgericht hat die von dem Angeklagten Miete vorgenommene Erschießung von fünf fleckfieberkranken Häftlingen als fünf rechtlich selbständige Mordtaten gewertet (UA S. 564/65). Dagegen sind umso weniger rechtliche Bedenken zu erheben, als es dem Angeklagten anheimgegeben war, "welche und wieviele Kranke er zur Erschießung selektieren sollte" (UA S. 357), also schon die Auswahl der Opfer mehrere Entschlüsse forderte. Auf BGHSt 16, 397 und BGH, Urt. vom 28. Mai 1963 - 1 StR 540/62 S. 9 weist in diesem Zusammenhang bereits das tatrichterliche Urteil hin (UA S. 565).

Die Strafzumessung läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Dazu kann auf die Ausführungen in Abschnitt I Ziff. 11 Bezug genommen werden; gegen die Darlegungen im angefochtenen Urteil (UA S. 659 - 664, 667/68) ist auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung sachlichen Rechts nichts einzuwenden. Insbesondere kann aus der Tatsache, daß das Urteil im Rahmen der "Persönlichen Verhältnisse" bereits geschilderte Umstände nicht nochmals anführt, nicht mit der Revision geschlossen werden, sie seien nicht in die Strafzumessungserwägungen einbezogen worden. Im übrigen wenden sich die auf den Strafausspruch zielenden Angriffe des Beschwerdeführers gegen die dem Revisionsgericht grundsätzlich verschlossene Beweiswürdigung des Tatrichters.

Zur Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wird auf Ziff. 7 verwiesen.

5. Die Revision des Angeklagten Mentz

Sie bietet, was den Schuldspruch betrifft, keinen Anlaß zu einer über die in Abschn. II bereits behandelten Gesichtspunkte hinausgehenden Erörterung. Es wird insbesondere auf die Darlegungen unter II 1 d verwiesen.

Mit der Sachbeschwerde wendet sich der Angeklagte Mentz vor allem gegen die Strafzumessung, d.h. gegen die Verhängung einer lebenslangen Strafe für "bloße" Beihilfe zum Mord (zur Zulässigkeit dieser Strafe siehe Abschnitt A). Ihm muß eingeräumt werden, daß der Ausspruch der auch für die täterschaftliche

Begehung geltenden Höchststrafe gegenüber dem Gehilfen an sich ungewöhnlich ist. Ganz ungewöhnlich, ja bisher einmalig in der Geschichte nach Umfang und Schwere sind aber auch die Tötungsverbrechen, die den Gegenstand dieses Verfahrens bilden und an denen sich der Angeklagte Mentz beteiligt hat. Schon dieser Umstand rechtfertigt ein Abweichen von den sonst üblichen Maßstäben. Darüber hinaus hat das Schwurgericht, den Forderungen entsprechend, die der Bundesgerichtshof in den von der Revision angeführten Entscheidungen LM § 267 Abs. 3 Nr. 22 = MDR 1954, 495 und BGH 1 StR 290/67 vom 11. 7. 1967 bei Dallinger MDR 1967, 898 Nr. 5 aufgestollt hat, die Besonderheiten des Falles deutlich gemacht, die es trotz der doppelten Milderungsmöglichkeit zur Verhängung der Höchststrafe veranlaßten. Es verweist darauf, daß Mentz - und das unterscheidet ihn von den ebenfalls als Gehilfen verurteilten Mitangeklagten - in mindestens 200 Fällen jüdische Männer, Frauen und Kinder eigenhändig mit seiner Pistole getötet hat, daß es sich dabei um die Hilflosesten und Ärmsten der Armen, Mütter mit kleinen Kindern, Alte, Kranke und Schwache handelte und daß dic Opfer sich vor ihrer eigenen Tötung noch die brennenden Leichen ihrer zuvor erschossenen Leidensgenossen ansehen mußten (UA S. 670/71). Das Urteil hebt in diesem Zusammenhang ferner hervor, daß es dem Angeklagten gleichgültig war, ob die Opfer möglicherweise nur verwundet in die Grube fielen und dort noch lebend verbrannten.

Damit hat das Schwurgericht hinreichend verständlich gemacht, welche besonderen Gründe es waren,

die es bei der Verhängung der Strafe gegen den Angeklagten Mentz leiteten. Die Ausführungen dazu enthalten entgegen der Meinung der Revision auch keine Widersprüche. Daß der Angeklagte "jede menschliche Regung vermissen ließ und mit erbarmungsloser Brutalität und mitleidloser Kälte gehandelt hat", ist nicht unvereinbar damit, daß er "keine Eigeninitiative entfaltete", nämlich keine eigenmächtigen Tötungen oder Mißhandlungen vornahm, und verträgt sich auch mit der Feststellung, daß sein Gewissen ihm anfangs öfters zugesetzt (UA S. 331) und er sich einmal bei dem Inspekteur Wirth um seine Ablösung bemüht hat.

Zu Unrecht vermißt die Revision auch eine ausdrückliche Feststellung, daß der Angeklagte mit der Möglichkeit rechnete, einzelne Opfer würden möglicherweise nur verwundet in die Grube fallen. Dabei kann dahinstehen, ob das Schwurgericht nur einen solchen tatsächlich eingetretenen Fall oder deren immerhin einige als nachgewiesen ansieht (vgl. dazu UA S. 297 und 311/12 einerseits und S. 573 andererseits). Entscheidend ist allein, daß der Angeklagte um diese Möglichkeit wußte und sie in Kauf nahm. Das aber folgert das Schwurgericht offenbar aus den Umständen der Tötung (UA S. 311), wenn es auf Seite 670 ausführt, daß es dem Angeklagten "völlig gleichgültig" war, ob der Genickschuß sofort tödlich wirkte. Darin liegt die angeblich unterbliebene Feststellung.

In ihren weiteren Darlegungen setzt sich die Revision über Feststellungen des Urteils hinweg oder vermißt die Berücksichtigung von Umständen, die das Schwurgericht durchaus gewürdigt hat.

6. Die Revisionen der Angeklagten Stadie und Lambert

Daß die Schuldsprüche rechtsfehlerfrei sind, ergibt sich bereits aus den Darlegungen unter II 1.

Zum Strafausspruch beanstanden beide Revisionen, das Schwurgericht habe entgegen den in BGH GSSt 2, 194 ff aufgestellten Grundsätzen darzutun unterlassen, "in welchem Maße" es die Angeklagten an der gehörigen Gewissensanspannung hätten fehlen lassen und inwieweit daher der Schuldvorwurf gemindert sei. Das hatte das Schwurgericht allerdings zu prüfen (vgl. BGH, aaO, S. 201/202). Es war aber nicht gehalten, die dazu angestellten Erwägungen im einzelnen schriftlich niederzulegen. Noch weniger war es verpflichtet, die ausgeworfene Strafe rechnerisch aufzugliedern (vgl. BayObLG NJW 1951,284); es mußte nur erkennen lassen, daß es sich der doppelten Milderungsmöglichkeit und des danach in Betracht kommenden Strafrahmens bewußt war (BGHSt 16, 360, 363). Das ist geschehen.

Nicht durchzudringen vermag der Angeklagte Stadie auch mit dem Vorwurf, die für die Beteiligung an der Ermordnung des Lagerältesten Rakowski verhängte Strafe stehe außer Verhältnis zu derjenigen, die für die Beihilfe an der Massentötung ausgesprochen wurde. Das Revisionsgericht kann hier nicht den Maßstab des eigenen Ermessens an die Entscheidung des Tatrichters legen. Ein rechtsstaatlich untragbares Übermaß, das auf Ermessensmißbrauch oder gar Willkür schließen ließe, kann in jener Strafe jedenfalls nicht erblickt werden.

7. Die Revisionen der Angeklagten Suchomel und Münzberger

Der Angeklagte Suchomel rügt zur Sachbeschwerde nur allgemein die Verletzung materiellen Rechts, ohne das Vorliegen bestimmter Fehler zu behaupten. Auch der Senat hat solche nicht finden können.

Die Revision des Angeklagten Münzberger behandelt die Fragen der Anwendung des § 47 MStGB, des Verbotsirrtums und des Vorliegens eines Nötigungs- oder Notstandes. Diese Fragen sind unter Ziff. 1 dieses Abschnitts bereits erörtert worden.

8. Strafart und Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte

a) Die Angeklagten sind zu Zuchthausstrafen verurteilt worden. An deren Stelle ist auch insoweit die Freiheitsstrafe getreten, als es sich um Taten handelt, die vor dem Inkrafttreten des 1. StrRG begangen worden sind (§ 18 StGB, Art. 86 Abs. 1, 105 Nr. 2 des 1. StrRG). Die Neuregelung ist auch vom Revisionsgericht zu berücksichtigen (§ 354 a StPO, Art. 95 Abs. 3 des 1. StrRG). Dementsprechend ist das Urteil daher im Strafausspruch zu berichtigen (vgl. dazu Art. 86 Abs. 2 Satz 1 des 1. StrRG).

b) Sämtlichen Angeklagten hat das Schwurgericht - teils auf Lebenszeit, teils befristet - die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt (§ 32 StGB aF). Diese Nebenstrafe, die das 1. StrRG beseitigt hat, muß wegfallen. Jedoch ist der Verlust der Amtsfähigkeit für die Dauer von fünf Jahren auszusprechen, weil die

Angeklagten wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafen verurteilt sind, die über der Mindestgrenze des Art. 89 Abs. 1 Satz 1 des 1. StrRG liegen und gegen sie nach bisherigem Recht auf Zuchthaus erkannt war (Art. 89 Abs. 1 Satz 2 des 1. StrRG).

Unterbleiben muß hingegen ein Ausspruch über den Verlust des passiven Wahlrechts. § 31 Abs. 1 StGB nF sieht diesen Verlust zwar, neben dem der Amtsfähigkeit, für die Fälle der Verurteilung wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vor, eine Voraussetzung, die bei allen Angeklagten gegeben wäre. Indes fehlt es insoweit an einer Übergangsregelung. Der Gesetzgeber hat den Verlust der Wählbarkeit in die Bestimmung des Art. 89 Abs. 1 Satz 2 des 1. StrRG ersichtlich deshalb nicht mitaufgenommen, um nicht eine - dem Grundsatz des § 2 Abs. 2 Satz 2 StGB zuwiderlaufende - Verschärfung gegenüber § 31 Abs. 1 StGB aF eintreten zu lassen. Um eine solche könnte es sich freilich nicht handeln, wenn, wie hier, nach bisherigem Recht die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen war, die den Verlust der Wählbarkeit in sich schloß (§ 33 StGB aF). Für solche Fälle eine Ausnahme zu machen, hat der Gesetzgeber jedoch unterlassen (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 15. Aufl., § 31 Rdn. 23). Das drängte sich auch keineswegs auf, denn nach den Wahlgesetzen ist die Wählbarkeit ohnehin von dem Besitz der Amtsfähigkeit abhängig (vgl. z.B. § 16 Abs. 2 Nr. 3 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Art. 14 Nr. 2 des 1. StrRG).

C. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die Verurteilung der Angeklagten Münzberger, Stadie und Suchomel als Gehilfen statt als Mittäter bei den Massentötungen ist entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht zu beanstanden. Sie widerspricht nicht den in BGH 5 StR 183/54 vom 15. Juni 1954 bei Herlan MDR 1954, 529; BGHSt 2, 150, 151; 6, 248, 249; 8, 390 ff; 11, 268, 271; 16, 12, 14/15; 18, 87 ff und BGH VRS 23, 207 enthaltenen und in den Urteilen des BGH vom 21. April 1967 - 4 StR 37/67 S. 6 und vom 15. Mai 1968 - 4 StR 25/68 S. 6 - zusammenfassend dargestellten Grundsätzen. Die Revision wird vom Generalbundesanwalt auch nicht vertreten.

1. Was zunächst den Angeklagten Stadie betrifft, so erlangte dieser dadurch, daß er bei Bedarf auf Grund von Anweisungen seiner Vorgesetzten Arbeitskräfte aussuchte, noch keinen erheblichen Einfluß auf das Vernichtungsgeschehen im Lager insgesamt. Daß das Schwurgericht bei der Prüfung der Frage der Täterschaft nicht alle Umstände erneut aufzählt, die dafür von Bedeutung sein konnten und die es an anderer Stelle (UA S. 257 - 259) bereits erwähnt hat, trifft zu. Dazu war es jedoch weder verpflichtet noch rechtfertigt das den Schluß, es habe diese Umstände übersehen. Soweit dem Angeklagten Eifer und auffallende Aktivität bescheinigt werden, war auch diese Haltung - dasselbe gilt für die Angeklagten Suchomel und Münzberger - Ausfluß seiner Befehlsergebenheit. Der von der Revision behauptete Widerspruch besteht nicht; das Urteil meint auf Seite 567 ein unmittelbares Interesse.

Ein Handeln auf Befehl schließt freilich die Annahme von Mittäterschaft nicht aus. Der Angeklagte Stadie hat sich aber die Beweggründe und Absichten der Befehlsgeber nicht zu eigen gemacht (UA S. 567); das Schwurgericht betont mehrfach seine unbedingte Ergebenheit gegenüber der vermeintlichen Pflicht (UA S. 256/57, 566, 582). In Erfüllung dieser Pflicht schritt er zur Tatausführung, und ihr glaubte er ersichtlich auch dann noch zu genügen, wenn er - vereinzelt - Häftlinge schlug, ohne dazu einen ausdrücklichen Befehl erhalten zu haben. Einen Einfluß auf Planung und Bestimmung von Art, Zeit und Ort der Tatausführung hatte er nicht (UA S. 582). Er schöpfte seine Machtbefugnisse auch keineswegs aus, sondern führte ein verhältnismäßig mildes Regiment (UA S. 583) und verübte keine Exzeßtat aus eigenem Antrieb.

Wenn das Gericht dieses Gesamtbild dahin wertet, daß Stadie nicht jenes enge Verhältnis zur Tat hatte, das die Mittäterschaft ausmacht, so ist darin ein Rechtsfehler nicht zu erblicken.

2. Der Revision der Staatsanwaltschaft ist einzuräumen, daß bei dem Angeklagten Münzberger mehrere Umstände vorliegen, die die Annahme täterschaftlichen Handelns nahelegen könnten. Hier fällt besonders ins Gewicht, daß Münzberger stets, auch in Abwesenheit von Vorgesetzten, hart und grausam zu den Juden war (UA S. 475), ein brutaler Schläger (UA S. 453), der keine Barmherzigkeit übte und der auch eine Frau und zwei Kinder eigenhändig erschoß (UA S. 454/55).

Das Schwurgericht hat diese Tatsachen indes nicht übersehen oder sich über sie, wie der Tatrichter in dem von der Revision angezogenen Verfahren - BGH, Urt. vom 8. Oktober 1963 - 5 StR 344/63 (S. 8) -, ohne weitere Prüfung mit einer kurzen Wendung hinweggesetzt. Es stellt ihnen gegenüber, daß der autoritätsgläubige, unbedingt befehlsergebene und Hitler für die "Heimführung" seiner sudetendeutschen Heimat ins Reich in hohem Maße dankbare Angeklagte meinte, "sich an der Vollziehung dieses Unrechts beteiligen zu müssen, weil der Führer es angeordnet hatte" (UA S. 471). Den Vorwurf gegenüber Kameraden, sie setzten nicht alle ihre Kräfte bei der Ausführung des Führerbefehls ein, hat er nach der Feststellung des Gerichts möglicherweise nur deshalb erhoben, weil er der Ansicht war, "jeder SS-Mann müsse die Befehle des Führers eifrig und exakt ausführen, und ein treuer Gefolgsmann habe nicht danach zu fragen, welcher Art diese Befehle seien". Der Angeklagte hatte keine Möglichkeit zur Rettung auch nur eines einzigen Juden oder zu sonstiger Einflußnahme und war lediglich "ein Rädchen in der Tötungsmaschinerie" (UA S. 580). So führt das Urteil zusammenfassend aus, es lasse sich nicht nachweisen, daß der Wille des Angeklagten über die Leistung eines Förderungsbeitrags hinausgegangen sei und er sich die Massenvernichtung innerlich voll zu eigen gemacht habe (UA S. 579).

Diese Würdigung liegt im Rahmen tatrichterlichen Ermessens und läßt auch keinen Verstoß gegen die in BGHSt 18, 87, 94 (Staschynski-Urteil) niedergelegten Grundsätze erkennen. Der Angeklagte hat

die verbrecherischen Ziele nicht zur Grundlage eigener Überzeugung gemacht und in diesem Sinne einverständlichen Eifer gezeigt. Auch wer die vom BGH, aaO geschilderten Voraussetzungen erfüllt, ist im übrigen nicht in jedem Falle (nur "regelmäßig") Täter. Ausnahmen können sich aus der inneren Einstellung zur Tat ergeben, deren besondere Bedeutung gerade dieses Urteil hervorhebt. Zweifel daran, ob ein Angeklagter mit Täter- oder mit Gehilfenvorsatz gehandelt hat, müssen aber zur Verurteilung wegen Beihilfe führen (BGHSt 23, 203).

Mit dem Blick auf die bereits erwähnte Erschießung einer Frau und zweier Kinder verweist die Revison, an sich zutreffend, darauf, daß im Regelfalle Täter ist, wer mit eigener Hand einen Menschen tötet. Bereits mehrfach hat der Bundesgerichtshof indessen entschieden, daß die Fälle von Tötungen auf militärischen Befehl (§ 47 MStGB) - im vorliegenden Falle auf Grund der sog. Lubliner Richtlinien - Ausnahmen von dieser Regel bilden (Urt. vom 22. Januar 1957 - 5 StR 353/56 S. 9; Urt. vom 22. Januar 1963 - 1 StR 457/62 S. 5/6; Urt. vom 10. Dezember 1963 - 5 StR 432/63 S. 3; Urt. vom 2. November 1966 - 2 StR 226/66 S. 9/10). Bloße Beihilfe kommt danach namentlich dann in Betracht, wenn der an Gehorsam gewöhnte Untergebene einen militärischen Befehl, ohne ihn zu billigen, ausführte, dabei keinen besonderen Eifer zeigte und kein eigenes Interesse verfolgte. So liegt es hier. Eifrig war der Angeklagte Münzberger allerdings; dieser Eifer beruhte aber weder auf Einverständnis noch auf eigenem Interesse an der Tat.

3. Das Schwurgericht hebt auch im Falle des Angeklagten Suchomel für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe zutreffend vor allem auf die innere Einstellung ab und zieht dazu die gesamten Umstände heran. Es läßt dabei nicht unbeachtet, daß der Angeklagte gelegentlich, so insbesondere im Falle Cudak, auch von der Schußwaffe Gebrauch machte, und erörtert entgegen der Meinung der Revision auch den Beweggrund für dieses Verhalten, das Bestreben des Angeklagten nämlich, in den Augen seiner Vorgesetzten und Kameraden nicht als Weichling und Versager zu gelten (UA S. 442). Er identifizierte sich damit also, wie das Urteil an anderer Stelle darlegt, nicht mit den Anschauungen und Zielen der Haupttäter und wollte sich nicht mit diesen auf eine Stufe stellen (UA S. 586/87). An Gehorsam gewohnt meinte er vielmehr, dem "Führerbefehl" Folge leisten zu müssen (UA S. 438). Die ihm unterstellten Arbeitsjuden behandelte er gut (UA S. 441, 586). Er hatte auch keinen bestimmenden Einfluß auf die Massentötungen; hätte er sich mitzuwirken geweigert, wäre er durch einen Willigeren ersetzt worden.

Wenn das Schwurgericht unter Würdigung dieser Umstände und des gesamten Persönlichkeitsbildes von dem Angeklagten zu dem Ergebnis gelangt, er habe nur eine fremde Tat unterstützen wollen, so ist dagegen aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

4. Auch im übrigen läßt die Nachprüfung des Urteils im Rahmen der Revision der Staatsanwaltschaft einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Scharpenseel Dr. Wiefels Faller

Mayer Neifer