

Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a2ad2a5a-1ef7-4913-8044-e89622638513>

Gericht	BGH
Datum	15.06.1962
Aktenzeichen	2 StR 531/61
Entscheidungsform	Urteil
Referenz	WKRS 1962, 11432
Entscheidungsname	[Nicht verfügbar]
ECLI	[Nicht verfügbar]

Bundesgerichtshof

Urt. v. 15.06.1962, Az.: 2 StR 531/61



In dem Rechtsstreit
hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs
auf Grund der Verhandlung vom 13. Juni 1962
in der Sitzung vom 15. Juni 1962,
an denen teilgenommen haben:
Senatspräsident Dr. Baldus als Vorsitzender,
Bundesrichter Scharpenseel
Bundesrichter Mayr
Bundesrichter Meyer
Bundesrichter Henning als beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. ... als Vertreter der Bundesanwaltschaft,
Justizangestellter ... als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Schwurgerichts in Kassel vom 28. April 1961 mit den Feststellungen aufgehoben, auf die Revision des Angeklagten L., soweit es ihn betrifft.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Schwurgericht zurückverwiesen.



Gründe

Das Schwurgericht hat den Angeklagten L. wegen eines Verbrechens der Beihilfe zum. Mord in **1**
einer unbestimmten Anzahl von Fällen zu drei Jahren sechs Monaten Zuchthaus verurteilt und den
Angeklagten P., dem ebenfalls Beihilfe zum Mord zur Last gelegt war, freigesprochen.

Der Angeklagte L. war Kommandeur eines Polizeibataillons. Mit diesem und zugeteilten litauischen **2**
Einheiten führte er im Oktober 1941 in Weißruthenien auf Befehl der Division, der das Bataillon zur
Partisanenbekämpfung unterstellt war, zweimal Massenerschießungen von Juden durch. Dabei
wurden in Smolewitsche mindestens 40, in Sluzk mindestens 300 Juden getötet. Das Schwurgericht
hat angenommen, daß der Angeklagte den verbrecherischen Zweck des Befehls erkannt habe. Es
hat jedoch weitgehend die Voraussetzungen des § 52 StGB bejaht, weil in Falle einer völligen
Befehlsverweigerung eine ernste Lebensgefahr für den Angeklagten bestanden habe, und ihn nur
insoweit verurteilt, als in Smolewitsche auch alte Leute, im Sluzk auch kleine Kinder, alte Leute und
Angehörige von Handwerkerfamilien erschossen worden sind. Die Zahl dieser Opfer hat das
Schwurgericht auch nicht annähernd feststellen zu können geglaubt.

Der Angeklagte P. führte eine Kompanie des Polizeibataillons. Mit dieser bildete er in Sluzk auf **3**
Befehl des Angeklagten L. eine Absperrkette. Das Schwurgericht hat ihn freigesprochen, weil ihm
nicht widerlegt werden könne, daß er den verbrecherischen Zweck des Befehls, durch den er nur
zur Absperrung angewiesen worden sei, nicht erkannt habe.

Die Revision der Staatsanwaltschaft, die das Urteil in vollem Umfang angreift, rügt Verletzung des **4**
sachlichen Rechts. Der Angeklagte L. erhebt mit seiner Revision Verfahrensrügen und macht
ebenfalls fehlerhafte Anwendung des sachlichen Rechts geltend. Beide Rechtsmittel haben Erfolg.

A. **5**

Verfahrensvoraussetzungen:

Der Senat hat vorab geprüft, ob die Strafverfolgung wegen der den beiden Angeklagten zur Last **6**
gelegten Verbrechen der Beihilfe zum Mord verjährt ist. Er tritt der Auffassung des Schwurgerichts

bei, daß die Verjährungsfrist gemäß § 67 Abs. 1 StGB zwanzig Jahre, beträgt, weil zur Tatzeit nach § 4 der Verordnung gegen Gewaltverbrecher vom 5. Dezember 1939 für die Beihilfe die vom Gesetz für die vollendete Tat vorgesehene Strafe zulässig war. In demselben Sinne hat auch bereits der 5. Strafsenat im Urteil vom 22. Mai 1962 - 5 StR 4/62 - entschieden.

B. 7

Die Revision der Staatsanwaltschaft:

I. 8

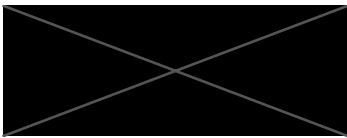
Bezüglich L.:

1.) 9

Die Sachrüge dringt schon deshalb durch, weil das Schwurgericht die Zahl der Opfer, zu deren Ermordung der Angeklagte Beihilfe geleistet haben soll, unbestimmt gelassen hat. Das kann nicht als ausreichende Grundlage für die Verurteilung angesehen werden, da der Schuldumfang nicht eindeutig abgegrenzt ist. Der Richter darf Schuldspruch und Strafe nicht auf eine unsichere Gesamtvorstellung, sondern nur auf bestimmte Tatsachen stützen, von deren wirklichem Geschehen er überzeugt ist (vgl. BGHSt 1, 219, 222) [BGH 05.06.1951 - 1 StR 129/51]. Das Schwurgericht hätte daher die Mindestzahl der Opfer feststellen müssen, bei deren Tötung der Angeklagte schuldhaft mitgewirkt haben soll. Diese Feststellung mag zwar schwierig sein, unmöglich ist sie jedoch nicht.

2.) 10

Das Schwurgericht hat die Voraussetzungen des Nötigungsstandes (§ 52 StGB) bejaht, soweit es sich nicht um die Tötung von alten Menschen an beiden Einsatzorten sowie von kleinen Kindern, Handwerkern und deren Familienangehörigen in Sluzk handelt. Dabei ist es davon ausgegangen, daß für den Angeklagten im Falle einer völligen Befehlsverweigerung in zweifacher Hinsicht eine ernstliche Lebensgefahr bestanden habe. Einmal sei nicht auszuschließen, daß er aufgrund eines vorgeschobenen Tatbestandes von dem für ihn zuständigen SS- und Polizeiobergericht zum Tode verurteilt worden wäre. Zum anderen sei die - erheblich näherliegende - Gefahr gegeben gewesen, daß der als äußerst gewalttätig bekannte Höhere SS- und Polizeiführer in Riga, SS-Obergruppenführer J., unmittelbar eingegriffen und die Einweisung des Angeklagten in ein Konzentrationslager veranlaßt hätte, wodurch ebenfalls eine ernsthafte Lebensgefahr herbeigeführt



worden wäre. Dieser zweiten Möglichkeit war sich der Angeklagte jedoch nach den Urteilsfeststellungen nicht bewußt. Sie kann daher seinen Willen nicht beeinflußt haben und muß deshalb bei der Beurteilung der Frage, ob der Angeklagte nach § 52 StGB entschuldigt ist, außer Betracht bleiben.

Von der ersten Möglichkeit heißt es im Urteil (UA S. 67 71), sie könne "nicht mit der erforderlichen Sicherheit", "nicht mit hinreichender Sicherheit", "nicht völlig ausgeschlossen" werden. Der Sinn dieser Wendungen ist unklar. Sollen sie besagen, es könne nicht ausgeschlossen werden, daß bei völliger Befehlsverweigerung für den Angeklagten die naheliegende Gefahr eines Todesurteils bestanden hätte, so wäre das Schwurgericht in Anwendung des Grundsatzes, daß im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist, zu Recht von einer gegenwärtigen Gefahr im Sinne des § 52 StGB ausgegangen. Nach der gesamten Sachlage und den übrigen Erwägungen zu dieser Frage ist es aber auch möglich, daß das Schwurgericht die Gefahr selbst als recht fernliegend angesehen hat. Das würde zur Anwendung des § 52 StGB nicht genügen; denn unter gegenwärtiger Gefahr im Sinne dieser Vorschrift ist ein Zustand zu verstehen, der nach menschlicher Erfahrung bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage den Eintritt einer Schädigung sicher oder doch höchstwahrscheinlich macht, wenn nicht alsbald eine Abwehrmaßnahme ergriffen wird (RGSt 66, 222, 225; BGH NJW 1951, 769 [BGH 12.07.1951 - 4 StR 339/51]; BGH Urteil vom 14. Dezember 1954 - 5 StR 353/54 -). Das Schwurgericht hätte mithin die Grenzen des Nötigungsstandes zu weit gezogen.

11

Hierauf würde es allerdings nicht ankommen, wenn der Angeklagte, wie er sich eingelassen hat, davon überzeugt gewesen wäre, daß er im Falle einer Befehlsverweigerung ein Todesurteil zu erwarten gehabt hätte; denn er hätte sich dann in einem die Verurteilung wegen vorsätzlicher Tat ausschließenden Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 52 StGB befunden. Diese Einlassung ist zwar bisher nicht widerlegt. Sollte das Schwurgericht indessen den Begriff der gegenwärtigen Gefahr in der erörterten Weise verkannt haben, so ist nicht auszuschließen, daß dadurch auch seine Feststellungen zur inneren Tatseite beeinflußt worden sind. Insbesondere könnte das Schwurgericht es unterlassen haben zu prüfen, ob der Angeklagte sich nicht nur in einem vermeidbaren Verbotsirrtum befunden hat. Hätte er nämlich nur geglaubt, bereits die entfernte Möglichkeit einer Gefahr entschuldige ihn, so hätte er sich nicht über einen tatsächlichen Umstand geirrt, sondern lediglich die Grenzen des § 52 StGB falsch bestimmt.

12

3.)

13

Das weitere Erfordernis des § 52 StGB, daß der Notstand auf andere Weise nicht zu beseitigen gewesen wäre, ist bisher ebenfalls nicht bedenkenfrei nachgewiesen. Bedenken bestehen insoweit schon deshalb, weil sich aus dem Urteil nicht ergibt, daß der Angeklagte mit aller ihm zu Gebote stehenden Überzeugungskraft auf die Ungeheuerlichkeit des ihm Angesonnenen hingewiesen hat.



Nach den Urteilsfeststellungen hat er sich möglicherweise sowohl dem I A als auch dem Divisionskommandeur gegenüber auf wenig eindringliche Gegenvorstellungen beschränkt, die sich noch dazu zu einem erheblichen Teil nicht gegen die angeordneten Massenexekutionen als solche, sondern nur gegen die Mitwirkung einer deutschen Polizeieinheit richteten. In übrigen hat das Schwurgericht, soweit es sich nicht um die Erschießung kleiner Kinder und alter Leute handelt, nur festgestellt, daß dem Angeklagten zuzumuten gewesen wäre, wegen der Handwerkerfamilien in Sluzk, die der zuständige Gebietskommissar verschont wissen wollte, bei der Division anzufragen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß damit seine Möglichkeiten, die Gefahr auf andere Weise zu beseitigen als durch wortgetreue Befolgung der Befehle, erschöpft waren. So ist nicht erörtert, weshalb der Angeklagte sich nicht schon vor dem ersten Einsatz an eine vorgesetzte Dienststelle wandte, oder ob er die Durchführung der Exekutionen nicht wenigstens hätte verzögern und dadurch oder auf andere Weise den Opfern Fluchtmöglichkeiten hätte eröffnen können. Die Befehle ließen ihm anscheinend weitgehende zeitliche und sachliche Selbständigkeit. Daher wäre vielleicht schon vor dem ersten Einsatz eine Fahrt nach Riga möglich gewesen mit dem Ziel, die Aufhebung des Befehls, die Ablösung des Bataillons oder wenigstens seine eigene Ablösung zu erreichen.

Die unvollständige Prüfung der für den Angeklagten in Betracht kommenden Möglichkeiten kann dazu geführt haben, daß das Schwurgericht die Vorschrift des § 52 StGB entweder überhaupt zu Unrecht oder jedenfalls in einem zu weitgehenden Umfang angewandt hat. Das Urteil gegen den Angeklagten Lechthaler muß daher auf die Revision der Staatsanwaltschaft auch aus diesem Grunde aufgehoben werden. **14**

Bei der von ihm nachzuholenden Prüfung wird das Schwurgericht zu beachten haben, daß es für die Frage, ob und welche weiteren Maßnahmen der Angeklagte hätte ergreifen müssen, auf dessen Vorstellungen ankommt. Einen bestimmten Ausweg nicht gewählt zu haben, kann dem Angeklagten nur vorgeworfen werden, wenn er es zumindest als möglich erkannt hatte, daß sich ihm dieser Ausweg bot. Hatte er dieses Bewußtsein nicht, so irrte er über eine tatsächliche Voraussetzung des § 52 StGB und kann nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft werden. Die von der Staatsanwaltschaft in ihrer schriftlichen Revisionsrechtfertigung vertretene Auffassung, dem Angeklagten könne ein Notstand schon dann nicht zugebilligt werden, wenn er auch nur fahrlässig die ihm drohende Gefahr nicht auf andere Weise abgewendet habe, ist rechtsirrig. **15**

Den als möglich erkannten Ausweg zu gehen, darf der Angeklagte ferner nicht unter dem Druck einer ihm selbst drohenden gegenwärtigen Lebensgefahr unterlassen haben. Dieser Gesichtspunkt könnte vor allem von Bedeutung sein, soweit es sich darum handelt, ob dem Angeklagten bereits vor dem ersten Einsatz eine Fahrt nach Riga zuzumuten war. Daß er befürchtete, dadurch ein sein Leben gefährdendes Eingreifen seiner dortigen Vorgesetzten herbeizuführen, ist allerdings nach den bisherigen Feststellungen nicht anzunehmen. Er könnte jedoch auch insoweit die Vorstellung **16**



gehabt haben, daß ein Tatbericht der Division zu erwarten sei, der ein Todesurteil zur Folge haben werde. Daß er später zweimal nach Riga fuhr, spricht nicht unbedingt gegen eine solche Vorstellung. Der Angeklagte unternahm diese Fahrten, ohne daß er zuvor einen Einsatzbefehl erhalten hatte, war also zeitlich unabhängiger. Zudem ergeben die bislang getroffenen Feststellungen nichts darüber, ob er sich nicht etwa unter dem Eindruck der ihn seelisch belastenden Vorkommnisse über die Gefahr eines Todesurteils hinwegsetzte. Wäre das aber der Fall gewesen, so hätte er mit seinen späteren Fahrten mehr getan, als ihn an sich zuzumuten war.

4.)

17

Da gegebenenfalls auch über die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neu zu befinden sein wird, sei zu der insoweit von der Staatsanwaltschaft ausdrücklich erhobenen Sachrüge, die der Generalbundesanwalt nicht vertreten hat, bemerkt, daß die bisherige Entscheidung einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt. Maßgebend für die Auffassung des Schwurgerichts, daß von der Anwendung des § 32 StGB abgesehen werden könne, waren die Persönlichkeit des Angeklagten und die Situation, in der er sich zur Zeit der Tat befand. Das ist nicht zu beanstanden.

II.

18

Bezüglich P.:

Der Angeklagte P. leistete nach den Urteilsfeststellungen dadurch, daß er mit seiner Kompanie außerhalb der Stadt Sluzk abspernte, einen objektiv rechtswidrigen Tatbeitrag zu der vom Schwurgericht rechtsirrtumsfrei als Mord gewerteten Haupttat, weil die Absperrung einerseits einen Schutz für die mit dem Zusammentreiben der Opfer und der eigentlichen Exekution befaßten litauischen Hilfskräfte darstellte und andererseits ein mögliches Ausbrechen der Opfer verhinderte, zumindest aber beträchtlich erschwerte. Das Schwurgericht hat ihn jedoch freigesprochen, weil ihm die nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB erforderliche Kenntnis von dem verbrecherischen Zweck des ihm erteilten Befehls zur Absperrung, auf den allein abzustellen sei, nicht nachgewiesen werden könne. Selbst in der Kommandospitze der Ordnungspolizei und auch von Stabsoffizieren sei die Ansicht vertreten worden, daß die Absperrung bei derartigen Exekutionen eine polizeiliche Maßnahme darstelle, zu der die Ordnungspolizei verpflichtet gewesen sei. Dem Angeklagten sei daher nicht zu widerlegen, daß er über die Anordnung des Angeklagten L., die Polizeikompanien sollten nur absperren, erleichtert gewesen sei, weil er geglaubt habe, er könne sich auf diese Weise aus der eigentlichen Aktion heraushalten, d.h. die Absperrung stelle keine Beteiligung an den Erschießungen als solchen dar.

19

Das Schwurgericht will damit dem Angeklagten anscheinend einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zubilligen. Es bringt jedoch nicht klar zum Ausdruck, worin es diesen Irrtum sieht, und stellt - möglicherweise aus diesem Grunde - zur Frage der Vermeidbarkeit nur unvollständige und überdies bedenkliche Erwägungen an. Eine Absperrung ist zwar an sich eine reine Polizeimaßnahme, sie kann hier jedoch nicht, wie das Schwurgericht es getan hat, losgelöst von dem Zweck betrachtet werden, dem sie diene. Der Angeklagte hatte nach den Urteilsfeststellungen klar erkannt, daß die Massenexekution und der Befehl dazu unrechtmäßig waren. Er wußte ferner, daß die Absperrung die reibungslose Durchführung der Erschießungen gewährleistete. Damit hatte er notwendigerweise das Bewußtsein, durch die Ausführung des Befehls die Haupttat zu unterstützen. Der Verbotsirrtum des Angeklagten kann somit nach den bisherigen Feststellungen nur darin bestanden haben, daß er entweder annahm, eine derartige Unterstützung der Haupttat sei schon an sich nicht als Beihilfe strafbar, oder daß er trotz der Erkenntnis, durch die Absperrung einen strafrechtlich erheblichen Tatbeitrag zu leisten, glaubte, den Befehl befolgen zu dürfen oder zu müssen. Unter diesen Gesichtspunkten hat das Schwurgericht die Einlassung des Angeklagten nicht geprüft. Der Freispruch kann daher nicht bestehenbleiben. **20**

In der neuen Hauptverhandlung wird das Schwurgericht folgendes berücksichtigen müssen: Sollte der Angeklagte sich nur über die strafrechtliche Bedeutung seines Tatbeitrags geirrt haben, so wird dieser Irrtum kaum als entschuldbar angesehen werden können. Denn wer sich bewußt ist, eine strafbare Handlung zu unterstützen, kann regelmäßig erkennen, daß er unrechtmäßig handelt, mag auch sein Tun unter anderen Umständen erlaubt sein. Im zweiten Fall wäre ein unvermeidbarer Irrtum schon eher denkbar. Es wird hierfür auf den genauen Inhalt und Zweck des dem Angeklagten erteilten Befehls zur Absperrung ankommen. Sollte die Absperrung - zumindest nach der Vorstellung des Angeklagten - nicht nur dazu bestimmt gewesen sein, die reibungslose Durchführung der Erschießungen zu gewährleisten, sondern auch, vielleicht sogar in erster Linie, aus militärischen Gründen der Sicherung der Truppe nach außen gedient haben, so könnte der Irrtum dem Angeklagten möglicherweise nicht vorgeworfen werden. Insoweit fehlt es bisher an klaren Feststellungen. Allerdings heißt es im Urteil (UA S. 40), es sei sowohl nach außen als auch nach innen gesichert worden; die Sicherung nach außen habe dem Schutz gegen etwaige Partisanenüberfälle dienen sollen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, ob die Lage an sich eine Sicherung nach außen erforderlich machte, weil allgemein mit Partisanenüberfällen zu rechnen war, oder ob lediglich wegen Störungen, die aus Anlaß der Exekution zu befürchten waren, gesichert werden sollte. Anhaltspunkte für die Gründe der Absperrung könnten sich aus der Art gewinnen lassen, in der diese durchgeführt wurde. Nach den Angaben des Angeklagten in der Revisionsverhandlung soll es sich nicht um eine durchgehende Absperrkette, sondern nur um Feldwachen gehandelt haben, die nach rein militärischen Gesichtspunkten in größeren Abständen um die Stadt gelegt wurden. **21**

C. **22**

Die Revision des Angeklagten L.:



I. 23

Verfahrensrügen:

1.) 24

Die Rüge, das Schwurgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil ein Hauptgeschworener von seiner Mitwirkung an der Sitzung nicht durch den Vorsitzenden des Schwurgerichts oder dessen Vertreter, sondern durch den Berichterstatter befreit worden sei, ist unbegründete. Allerdings hat der Berichterstatter dem Geschworenen mitgeteilt, daß dieser von der Verpflichtung zur Teilnahme an der Tagung des Schwurgerichts entbunden werde. Die Mitteilung beruhte jedoch nicht auf einer eigenen Entschließung des Berichterstatters, sondern auf einer fernmündlichen Anordnung des dafür zuständigen Vorsitzenden, der auch die Ladung eines Hilfsgeschworenen anordnete. Dieser und nicht der Berichterstatter hat demnach über die Freistellung des Geschworenen entschieden. Die Entscheidung BGH LM § 77 GVG Nr. 8, auf die sich die Revision beruft, betrifft einen anderen Sachverhalt.

2.) 25

Das Sitzungsprotokoll enthält keinen Vermerk über die Vereidigung der Zeugin Si.. Damit steht für das Revisionsgericht gemäß § 274 StPO fest, daß die Zeugin ohne eine entsprechende Entscheidung des Vorsitzenden oder des Gerichts unvereidigt geblieben ist. Auf diesem von der Revision gerügten Verfahrensverstoß beruht das Urteil aber nicht.

Zwar ist unter den Beweismitteln, die zu den Urteilsfeststellungen geführt haben, auch die eidliche Aussage der Zeugin Si. erwähnt (UA S. 54, 55). Aus der Beweiswürdigung ergibt sich jedoch, daß diese Aussage nicht zum Nachteil des Angeklagten verwertet worden ist. Das Schwurgericht ist in wesentlichen Punkten der Einlassung des Angeklagten gefolgt. Soweit es diese für widerlegt erachtet hat, hat es die hierfür maßgeblichen Beweismittel ausführlich erörtert. Die Zeugin Sidorenia ist hierbei nirgends erwähnt. Es kann daher ausgeschlossen werden, daß ihre Aussage das Beweisergebnis zu Ungunsten des Angeklagten beeinflußt hat. **26**

3.) 27



Auf eine Verletzung des § 55 Abs. 2 StPO kann die Revision nicht gestützt werden (BGHSt 11, 213 [BGH 21.01.1958 - GSSt 4/57]).

4.) 28

Die Rüge, § 33 StPO sei mehrfach verletzt, ist offensichtlich unbegründet.

5.) 29

Soweit Stellen aus den Verhandlungsniederschriften über den Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg verlesen worden sind, kann dahinstehen, ob es sich überhaupt um die Verlesung von Niederschriften über richterliche Vernehmungen im Sinne des § 251 Abs. 1 StPO handelt. Die verstorbenen Personen, deren Aussagen verlesen worden sind, sind jeweils nach Angabe ihres Namens vor ihrer weiteren Vernehmung beeidigt worden. Nach den angeführten Seitenzahlen in den Beschlüssen, durch die die Verlesung angeordnet wurde, kann es nicht zweifelhaft sein, daß dieser Teil der Aussagen mitverlesen worden ist. Damit war aber festgestellt, daß die Vernommenen vereidigt worden sind. Daß die Verlesung der eidesstattlichen Erklärung des verstorbenen Sc. und die Verlesung des Auftragsschreibens Görings an Heydrich nicht gemäß § 251 Abs. 1 StPO, sondern nur nach anderen Vorschriften erfolgen durften, ist unerheblich. Für die Meinung der Revision, das Schwurgericht habe infolge dieser unrichtigen Einordnung der Urkunden ihren Beweiswert unrichtig gewürdigt, fehlt es an jeden Anhalt.

II. 30

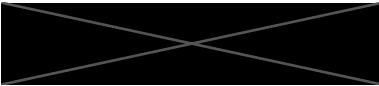
Sachrüge:

1.) 31

Der unter A I 1 aufgezeigte Rechtsfehler, der sich sowohl zugunsten des Angeklagten als auch zu seinem Nachteil ausgewirkt haben kann, verhilft auch dieser Revision zum Erfolg.

2.) 32

Das Schwurgericht hat nach Feststellung des objektiven Tatbeitrags zunächst die Voraussetzungen



des § 47 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB geprüft. Das ist entgegen der Ansicht der Revision, die vorab im Rahmen des Beihilfebegriffes untersucht wissen will, von welchen Überlegungen der Angeklagte ausgegangen ist, nicht zu beanstanden. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang auf die Verantwortung eines Bataillonskommandeurs für seine Männer hinweist, ist im übrigen zu bemerken, daß das Schwurgericht dem Angeklagten nicht die Befolgung der Befehle überhaupt, sondern nur die uneingeschränkte Befolgung vorwirft. Im Interesse seiner Untergebenen hätte er aber gerade darauf bedacht sein müssen, die Zahl der Opfer möglichst zu beschränken. Abgesehen davon würde, wenn wirklich das Wohl seiner Untergebenen für ihn mitbestimmend gewesen wäre, dieser Beweggrund seine Schuld höchstens mildern, nicht aber ausschließen.

Zu § 47 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB hat das Schwurgericht aufgrund der Einlassung des Angeklagten festgestellt, daß er das Bewußtsein gehabt habe, die befohlenen Handlungen stellten "etwas Unrechtes" dar. Damit ist an sich die Kenntnis des Angeklagten von dem verbrecherischen Zweck der ihm erteilten Exekutionsbefehle ausreichend dargetan. Aus dem Urteil ergibt sich aber weiter, daß die Exekutionsbefehle nicht nur militärisch begründet worden sind, sondern daß der Angeklagte sich auch - unwiderlegt - dahin eingelassen hat, er habe die militärische Notwendigkeit der Befehle nicht beurteilen können. Das deutet darauf hin, daß er sich möglicherweise nicht darüber klar war, ob die befohlenen Handlungen militärisch gerechtfertigt waren. Hielt er das aber für möglich, so hatte er nicht das nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB erforderliche sichere Wissen von der Unrechtmäßigkeit der Befehle. Das hat das Schwurgericht vielleicht nicht erkannt.

33

3.)

34

Die Anwendung des § 52 StGB hat das Schwurgericht abgelehnt, soweit auch kleine Kinder, alte Leute und in Sluzk Angehörige von Handwerkerfamilien erschossen worden sind. Soweit es davon ausgeht, daß der Angeklagte objektiv die Möglichkeit gehabt hätte, kleine Kinder und alte Leute von den Exekutionen auszunehmen, ist diese Auffassung nicht zu beanstanden. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die Befehle an sich eine Einschränkung zuließen. Es kommt vielmehr allein darauf an, inwieweit ihre Befolgung zur Abwendung der für den Angeklagten im Falle einer Gehorsamsverweigerung bestehenden Lebensgefahr unumgänglich war. Durch die Verschonung kleiner Kinder und alter Leute hätte er aber, wie zur Überzeugung des Schwurgerichts feststeht, keine Lebensgefahr für sich heraufbeschworen. Einer näheren Begründung dieser nach Lage der Sache durchaus naheliegenden Feststellung bedurfte es nicht.

Das Urteil enthält indessen keine Ausführungen über die Vorstellungen des Angeklagten. War er sich der Möglichkeit, den genannten Personenkreis von der Erschießung aufzunehmen, ohne dadurch in Lebensgefahr zu geraten, nicht bewußt, so hätte er über eine tatsächliche Voraussetzung des § 52 StGB geirrt und könnte nicht wegen vorsätzlicher Begehung bestraft

35



werden. Ein solcher Irrtum ist zwar recht unwahrscheinlich, von Schwurgericht jedoch nicht erörtert worden.

Soweit es sich um die Angehörigen von Handwerkerfamilien handelt, hat das Schwurgericht angenommen, daß der Angeklagte sie zwar nicht von sich aus von der Exekution hätte ausnehmen können, ohne sich einer Gefahr auszusetzen, daß er aber hätte versuchen können und müssen, unter Berufung auf den Gebietskommissar die Zustimmung der Division einzuholen. Daß ihm dieser Versuch objektiv nicht zuzumuten gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Das Schwurgericht hat jedoch weiter festgestellt, daß der Angeklagte diese Möglichkeit nicht ausgeschöpft hat, weil er eine Rückfrage und neuerliche Einwendungen bei der Division für zwecklos hielt (UA S. 40). War er sich aber nicht bewußt, hierdurch möglicherweise eine Änderung des Befehls herbeiführen zu können, so trifft ihn nicht der Vorwurf vorsätzlicher Begehung (vgl. die Ausführungen unter B I 3 vorletzter Absatz).

36

4.)

37

Das Schwurgericht hat zugunsten des Angeklagten unterstellt, daß er möglicherweise an die Verbindlichkeit der Befehle, deren Unrechtmäßigkeit er erkannt habe, geglaubt habe. Es hat hierin zutreffend einen Verbotsirrtum gesehen. Wenn dieser Irrtum auch vermeidbar war, so hätte er doch zu der Prüfung Anlaß geben müssen, ob die Strafe, die bisher nur nach § 49 Abs. 2 StGB gemildert worden ist, nochmals nach Versuchsgrundsätzen zu ermäßigen war.

Baldus

Scharpenseel

Mayr

Meyer

Henning

Hinweis:

Von Rechts wegen