



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/854527da-75a4-47c6-a12b-105c6eae042a>

Gericht	BGH
Datum	06.05.1964
Aktenzeichen	2 StR 467/63
Entscheidungsform	Urteil
Referenz	WKRS 1964, 13580
Entscheidungsname	[Nicht verfügbar]
ECLI	[Nicht verfügbar]

Bundesgerichtshof

Urt. v. 06.05.1964, Az.: 2 StR 467/63

Rechtsmittel

In der Strafsache
hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs
in der Sitzung vom 6. Mai 1964, an der teilgenommen haben:
Senatspräsident Dr. Baldus als Vorsitzender,
Bundesrichter Dr. Dotterweich Bundesrichter Scharpenseel Bundesrichter Meyer Bundesrichter Henning als
beisitzende Richter,
Bundesanwalt Dr. ... in der Verhandlung, Oberstaatsanwalt ... bei der Verkündung als Vertreter der
Bundesanwaltschaft,
Justizangestellter ... als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen daß Urteil des Schwurgerichts in Kassel vom 9. Januar 1963 werden verworfen.

Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen. Die Kosten des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft werden der Staatskasse auf erlegt.

Gründe

Das Schwurgericht hatte den Angeklagten wegen eines Verbrechens der Beihilfe zum Mord in einer 1



unbestimmten Anzahl von Fällen zu drei Jahren sechs Monaten Zuchthaus verurteilt. Nachdem der Bundesgerichtshof dieses Urteil auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten aufgehoben hatte, hat das Schwurgericht ihn nunmehr unter Freisprechung im übrigen (Fall Sm.) wegen Beihilfe zum Totschlag (Fall S.) zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt. Gegen dieses Urteil haben wiederum die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte Revision eingelegt. Beide Rechtsmittel, mit denen Verfahrensbeschwerden erhoben worden und fehlerhafte Anwendung des sachlichen Rechts geltend gemacht wird, haben keinen Erfolg.

A) **2**

Die Revision des Angeklagten.

I. **3**

Verfahrensbeschwerden.

1.) **4**

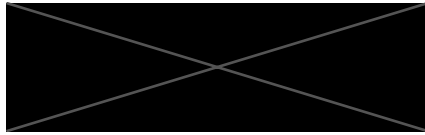
Die Rüge, das Schwurgericht habe seine Aufklärungspflicht verletzt, greift nicht durch.

Sie ist offensichtlich unbegründet, soweit mit ihr bemängelt wird, daß Georg H. nicht als Zeuge vernommen worden ist. **5**

Inwiefern eine Gegenüberstellung der Frau P. mit den anderen Zeugen zu für den Angeklagten günstigeren Feststellungen hätte führen können, ist nicht erkennbar, Daß die Zeugin bekundet hat, die Erschießungen in S. hätten an zwei Tagen stattgefunden, ergibt sich nicht aus dem Urteil. Der Senat kann daher nicht beurteilen, ob diese Behauptung der Revision zutrifft. **6**

2.) **7**

Ein etwaiger Widerspruch in den Urteilsgründen wäre nicht ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 267 StPO, sondern ein sachlichrechtlicher Mangel. Auch ein solcher liegt hier jedoch nicht vor, wie



schon an dieser Stelle bemerkt sei. In der Sachverhaltsschilderung geht das Schwurgericht zwar davon aus, daß der I a der Division die Erschießungsbefehle gegeben habe. Wie die Ausführungen auf S. 82 des Urteils ergeben, ist es hiervon jedoch nicht überzeugt, sondern folgt insoweit nur der unwiderlegbaren Einlassung des Angeklagten. Auch auf S. 111 des Urteils heißt es, es müsse unterstellt werden, daß der Befehl von dem I a herrührte. Danach ist es nur folgerichtig, wenn das Schwurgericht auf S. 138 von dem "nicht mehr feststellbaren Urheber des Befehls" spricht.

II.

8

Sachbeschwerde.

Mit ihren Einzelausführungen zur Sachrüge bemüht sich die Revision vergeblich, Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufzuzeigen, die dem Schwurgericht bei der Beweiswürdigung unterlaufen sein sollen. In Wirklichkeit versucht sie damit lediglich, in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung des Tatrichters durch ihre eigene zu ersetzen. Der SS-Obergruppenführer J. war zwar nach den Urteilsfeststellungen (S. 19) ein äußerst gefürchteter, unberechenbarer Mann, der als fanatischer Nationalsozialist seinen Willen hemmungslos und rücksichtslos durchsetzte, gnadenlos bedingungslosen Gehorsam forderte und kaum menschliche Züge aufwies. Das besagt jedoch noch nicht, daß ein Untergebener, der einen Befehl nicht vollständig ausführte, damit in jedem Fall eine ernstliche Lebensgefahr für sich herauf beschwor. Weshalb für den Angeklagten eine solche Gefahr nicht bestanden hätte, wenn er die Kinder von der Erschießung ausgenommen hätte, hat das Schwurgericht auf S. 125 des Urteils dargelegt. Von einem Rechtsfehler kann insoweit umsoweniger die Rede sein, als es sich nicht um die Durchführung eines von J. oder seiner Dienststelle unmittelbar erteilten Befehls handelte.

9

Inwiefern das Schwurgericht mit seiner Erwägung, je schwerer die Verletzung fremden Rechtsguts wiege, umso mehr müsse verlangt werden, daß der Handelnde ein gewisses Wagnis auf sich nehme, "die Grenzen des § 52 StGB in subjektiver Hinsicht zu eng gezogen und damit § 52 StGB verletzt" haben soll, ist nicht ersichtlich. Diese Erwägung entspricht allgemeiner Rechtsauffassung. Der Schluß, daß der Angeklagte die Möglichkeit gesehen habe, die Kinder ohne Lebensgefahr für sich selbst von der Exekution auszunehmen, war nicht nur möglich, sondern sogar naheliegend. Daß das Schwurgericht sich hierbei auf das Verhalten und die Erfahrungen des Angeklagten in Falle Smolewitsche stützt, ist nicht zu beanstanden. Die Tatsache, daß er dort den Apotheker und dessen Familie verschont hatte, läßt immerhin erkennen, daß er nicht unter allen Umständen die ausnahmslose Durchführung der Erschießungsbefehle zur Abwendung einer Lebensgefahr für unumgänglich hielt, sondern eine Abweichung jedenfalls dann als möglich ansah, wenn dafür besondere Gründe bestanden. Da ersichtlich bei dem unmittelbaren Befehlsgeber keine Meldung erfolgt war, konnte das Schwurgericht auch davon ausgehen, daß der Angeklagte mit irgendwelchen Schwierigkeiten wegen der Verschonung der Apothekerfamilie nicht mehr rechnete.

10



Die Wahrscheinlichkeit einer Meldung mag zwar bei einer Verschonung der Kinder in Sluzk größer gewesen sein. Die dortigen deutschen Dienststellen waren hierfür jedoch kaum in Betracht gekommen, da sie über den Inhalt des Erschießungsbefehls nicht in einzelnen unterrichtet waren. Der Oberleutnant Borck aber, von dem in erster Linie Schwierigkeiten zu befürchten gewesen waren, hatte auch an der Exekution in Smolewitsche teilgenommen und keine Meldung erstattet.

Daß der Angeklagte unter dem Eindruck der ihn seelisch belastenden Vorkommnisse die mit seinen beiden Fahrten nach Riga verbundenen Wagnisse auf sich nahm, zwingt nicht, wie die Revision meint, zu dem Schluß, daß er von der Möglichkeit, die Kinder von der Erschießung auszunehmen, auch Gebrauch gemacht hätte, wenn er sie erkannt hätte. Das Verhalten des Angeklagten, so wie es festgestellt worden ist, kann zwanglos mit seiner Auffassung erklärt werden, daß er einen ihm im Kriege erteilten Befehl in jedem Falle befolgen müsse. **11**

Auch sonst hat die Nachprüfung des Schuldspruches auf Grund der Sachrüge keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. **12**

Die Strafzumessung ist ebenfalls unbedenklich, Der von der Revision erhobene Vorwurf der Unklarheit geht fehl. Es heißt zwar zunächst, daß das Schwurgericht "in mehrfacher Hinsicht" eine Ermäßigung der Strafe vorgenommen habe. Aus den hieran anschließenden Ausführungen ergibt sich jedoch klar, daß eine dreifache Ermäßigung stattgefunden hat, nämlich wegen der Gehilfenstellung des Angeklagten, wegen des Verbotsirrtums hinsichtlich der Verbindlichkeit eines verbrecherischen Befehls und schließlich wegen des Verbotsirrtums hinsichtlich der Begründung einer Notstandslage durch eine entfernte Lebensgefahr. **13**

B) **14**

Die Revision der Staatsanwaltschaft.

I. **15**

Verfahrensbeschwerden.



Auch der von dieser Revision erhobene Vorwurf einer Verletzung der Aufklärungspflicht dringt nicht durch. **16**

Die Vernehmung eines Sachverständigen darüber, ob der I a einer Division, also ein geschulter Generalstabsoffizier, die Erschießungsbefehle tatsächlich ernstlich als Befehle zur Durchführung militärischer Repressalien angesehen haben könne, drängte sich nicht auf. Der gegenteiligen Meinung der Revision liegt die Auffassung zugrunde, daß das Schwurgericht das Wesen der Repressalie verkannt und infolgedessen dem I a mit der Annahme, er könne Repressalien bezweckt haben, unsinnige militärische Gedankengänge unterstellt habe. Diese Auffassung trifft indessen nicht zu, wie zur Sachrüge dargelegt werden wird. **17**

Soweit die Revision etwa auch geltend machen will, daß der mit der Absperrung des Geländes durch Teile des Polizeibataillons verfolgte Zweck weiterer Aufklärung bedurft hätte, fehlt es an der nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zur ordnungsmäßigen Erhebung der Rüge erforderlichen Angabe, welcher weiteren Beweismittel sich das Schwurgericht noch hätte bedienen sollen. **18**

II. **19**

Sachbeschwerde.

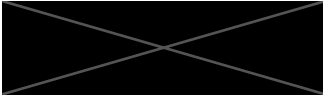
Die Auffassung des Schwurgerichts, es sei möglich, daß die befohlenen Erschießungen als militärische Repressalien gedacht gewesen seien, unterliegt keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, kann allerdings von einer Repressalie nur gesprochen werden, wenn bezweckt ist, den Gegner von der Fortsetzung völkerrechtswidriger Kriegshandlungen abzuschrecken. Dies hat das Schwurgericht indessen nicht übersehen. Es geht vielmehr auf S. 107 des Urteils davon aus, es lasse sich nicht widerlegen, daß die Erschießungen der Abschreckung dienen sollten, nämlich dazu bestimmt waren, die Bevölkerung von dem Zusammenwirken mit den Partisanen abzubringen und die Partisanen zur Einstellung ihrer der deutschen Kriegsführung sehr schädlichen Tätigkeit zu veranlassen. Daß keine besonderen Maßnahmen getroffen wurden, um dies nach außen hin erkennbar zu machen, schließt einen solchen Zweck nicht aus. Aktionen der festgestellten Art mußten naturgemäß sofort im gesamten Partisanengebiet bekannt werden. Da in beiden Fällen kurz vorher - nach der unwiderlegten Einlassung des Angeklagten - deutsche Soldaten von Partisanen niedergemacht worden waren, lag ferner der Zusammenhang zwischen der Partisanentätigkeit und den Erschießungen auf der Hand. Derartige Aktionen konnten auch zur Abschreckung geeignet sein. Soweit die Revision dies mit dem Hinweis darauf in Zweifel zu ziehen versucht, daß der verbleibende nichtjüdische Bevölkerungsteil unmöglich in der Ausrottung der jüdischen Einwohnerschaft eine gegen ihn gerichtete massive **20**



Drohung hätte erkennen können, übersieht sie, daß die Überlebenden keineswegs sicher waren, auch in Zukunft verschont zu bleiben, und daß im übrigen eine Abschreckungswirkung nicht nur für die Bevölkerung von Smolewitsche und Sluzk in Betracht kam. Als militärisch unsinnig kann nach allem der dem I a vom Schwurgericht unterstellte Gedankengang nicht bezeichnet werden.

Daß die Anordnungen als solche, weil sie die gesamte jüdische Bevölkerung beider Orte erfaßten, und die Art ihrer Durchführung den Verdacht erwecken, bei den befohlenen Aktionen habe es sich in Wahrheit um Beiträge zur sog. Endlösung der Judenfrage gehandelt, hat das Schwurgericht ausdrücklich hervorgehoben (S. 84 ff des Urteils). Wenn es gleichwohl glaubt, dies aus den im einzelnen angeführten Gründen nicht sicher feststellen zu können, so hält es sich damit im Rahmen der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung. Ein Rechtsfehler käme höchstens dann in Betracht, wenn das Schwurgericht sich nicht bewußt gewesen wäre, welch großer Personenkreis - Sluzk hatte etwa 4.000 jüdische Einwohner (vgl. S. 54 und 93 des Urteils) - von den Erschießungsbefehlen betroffen wurde. Dafür besteht jedoch trotz Fehlens eines ausdrücklichen Hinweises auf die Zahl der Betroffenen kein Anhalt. Das Schwurgericht hat hierin vielmehr nur im Hinblick auf die überaus starke Partisanentätigkeit, der die Division nicht Herr werden konnte (vgl. S. 32 des Urteils), und mit Rücksicht auf den Befehl des Oberkommandos der Wehrmacht vom 16. September 1941 (S. 34 ff des Urteils) ebenfalls kein sicheres Beweisanzeichen dafür gesehen, daß mit den Befehlen schlechthin die Ausrottung der jüdischen Bevölkerung bezweckt wurde. Diese Beurteilung ist denkgesetzlich möglich. Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob die befohlenen Erschießungen von Befehlsgeber als Repressalien gedacht waren, sondern nur darauf, ob dieser sie dem Angeklagten gegenüber als solche hingestellt hat. **21**

Schließlich kann auch die Ansicht, dem Angeklagten könne nicht nachgewiesen werden, daß er den verbrecherischen Zweck der Befehle erkannt habe, soweit diese Erwachsene betrafen, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Das Schwurgericht hat ersichtlich alle Umstände berücksichtigt, die für diese Frage von Bedeutung sein konnten. Insbesondere hat es nicht verkannt, daß gegen die Rechtmäßigkeit der Erschießungsbefehle auch unter dem Gesichtspunkt der Repressalie erhebliche Bedenken bestehen, weil jeweils ein ganzer Bevölkerungsteil betroffen und dieser nur rassistisch bestimmt war (S. 109 des Urteils). Es hat dem aber keine entscheidende Bedeutung beigemessen, weil dem Angeklagten die Verhältnisse in einem partisanendurchseuchten Gebiet neu waren und weil er infolgedessen möglicherweise nicht imstande war, die militärische Notwendigkeit der Erschießung von Erwachsenen zuverlässig zu beurteilen. Soweit die Revision hiergegen einwendet, der Angeklagte könne die befohlenen Aktionen nicht als Abschreckungsmaßnahmen und damit als erlaubte Repressalien angesehen haben, weil er als Exekutionsstätte ein Gelände außerhalb der Ortschaften gewählt habe und dies Gelände vor den Blicken der übrigen Bevölkerung habe absperren lassen, also bemüht gewesen sei, die Kenntnis von den Einzelheiten der Erschießungen auf möglichst wenige Personen zu beschränken, kann ihr nicht gefolgt werden. Außerhalb der Ortschaften fanden die Exekutionen ersichtlich statt, um die Leichen nicht transportieren zu müssen. **22**



Abgesperrt wurden nach den Feststellungen nicht unmittelbar die Exekutionsorte, sondern die Ortschaften als solche, und zwar zum Schütze gegen etwaige Partisanenüberfälle (S. 46 und 57 des Urteils). Dafür, daß die Absperrungen auch dazu dienen sollten, keine Informationen nach außen dringen zu lassen, besteht nicht der geringste Anhaltspunkt. Im übrigen hätte durch eine noch so lückenlose Absperrung der Exekutionsstätten nicht verhindert werden können, daß die Aktionen im gesamten Partisanengebiet bekannt wurden. **23**

Auch sonst hat die Nachprüfung des Urteils keinen sachlichrechtlichen Mangel ergeben, der der Revision der Staatsanwaltschaft zum Erfolg verhelfen könnte. **24**

Die Entscheidung entspricht dem Antrag des Generalbundesanwalts. **25**

Baldus
Dotterweich
Scharpenseel
Meyer
Henning

Hinweis:

Von Rechts wegen