

# Einige materielle und prozessuale Überlegungen zum Fall Demjanjuk

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock\*

## I. Anlass

Am 30.11.2009 begann in München der Prozess gegen John Demjanjuk.<sup>1</sup> Inzwischen ist das Urteil gesprochen (fünf Jahre Freiheitsstrafe) und sofortige Haftentlassung angeordnet worden. Die schriftlichen Gründe liegen noch nicht vor. Ob er die Straftat je antreten wird, ist fraglich. Im Wintersemester 2010 habe ich im universitären Teil des Staatsexamens im strafrechtlichen Schwerpunkt an der Universität Rostock folgenden Fall ausgegeben, der dem „Fall Demjanjuk“ – nicht zufällig – ähnelt, aber damit natürlich nicht gleichgesetzt werden darf, weil das Gericht möglicherweise andere Sachverhaltsfeststellungen getroffen hat. Der folgende Sachverhalt dürfte der historischen Wahrheit aber zumindest nahe kommen:

Im südostpolnischen Vernichtungslager Sobibor an der Grenze zur Ukraine sind ab 1942 mindestens 150.000 Menschen getötet worden. Zu den etwa 30 SS-Angehörigen kamen ca. 120 Trawniki-Männer, die für den reibungslosen Ablauf sorgten (Geleit zu den Gaskammern, Bewachung, Beaufsichtigung von Arbeitseinsätzen etc.). Bei diesen (nach ihrem Ausbildungslager Trawniki) sog. Trawniki-Männern handelte es sich um sog. SS-Freiwillige oder Hilfspolizei (Hiwi), die in deutsche Kriegsgefangenschaft geraten waren und in Konzentrationslagern einsaßen, so auch der Angeklagte A, ein gebürtiger Ukrainer. Was mit ihm geschehen wäre, wenn er sich nicht freiwillig zu den fremdvölkischen Hilfstruppen gemeldet hätte, ist unklar, schlimmstenfalls wäre er im KZ an Unterernährung, Krankheit oder Misshandlung selbst gestorben. Das Lagersystem, das aufgrund von vorliegenden schriftlichen und mündlichen Verwaltungsvorschriften von deutschen staatlichen Behörden, nämlich dem Reichssicherheitshauptamt (RSHA) und dem Wirtschaftsverwaltungshauptamt (WSHA) in Berlin, eingerichtet und betrieben wurde, hielt er für rechtens. Was er tat, tat er aufgrund von direkten Befehlen seines Vorgesetzten, des SS-Lagerkommandanten. Gefragt war ein materiell-rechtliches Gutachten zur Strafbarkeit nach dem (deutschen) StGB, sowie nach der Durchführbarkeit des Verfahrens in dem Falle, dass sich A, der auf das Verfahren gegen ihn und die womöglich hohe Straferwartung wie auf kränkendes Unrecht reagiert, während der Hauptverhandlung in einen Erregungszustand hineinsteigert, der ihn wegen seines hohen Alters und seiner angeschlagenen Gesundheit in Lebensgefahr bringt, wobei nach einem ausdrücklichen Bearbeitervermerk – wie aufgrund der verteidigerorientierten Schwerpunktausbildung an der Juristischen Fakultät der Universität Rostock mittler-

weile üblich – in allen Rechtsfragen primär ein Standpunkt vertreten werden sollte, der für den Angeklagten günstig ist.<sup>2</sup>

## II. Materielle Überlegungen

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

In Betracht kommt – nach Streichung des Völkermordtatbestandes (§ 220a StGB a.F.) aus dem StGB – Mord „aus niedrigen Beweggründen“ (§ 211 Abs. 2 1. Gruppe StGB), nämlich Rassenhass,<sup>3</sup> in mehreren Tausend Fällen.<sup>4</sup> Den Mordtatbestand gab es damals schon. Völkermord, der später eingefügt wurde, war nach der Aufgabenstellung nicht zu prüfen. Die ausdrückliche Begrenzung auf das deutsche StGB sollte den Kandidaten darüber hinaus die Auseinandersetzung mit der Frage ersparen, ob Sobibor damals im „Ausland“ lag (§ 7 StGB), was nicht weiter verfolgt werden soll.

Das Einpferchen wie Vieh in einem mit elektrischen Zäunen umgebenen Lager ist darüber hinaus das Musterbeispiel eines „Einsperrens“ gem. § 239 Abs. 1 Alt. 1 StGB – des Verhinderns des Verlassens eines Raumes durch äußere Vor-

<sup>2</sup> Außerdem war noch die Frage zu beantworten, ob ein niedergelassener Strafverteidiger das Mandat übernehmen müsste, was zu verneinen ist. Obwohl der Rechtsanwalt „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) ist, gehört er doch einem freien Beruf an (§ 1 BORA) und unterliegt grundsätzlich keinem Kontrahierungszwang, d.h. er kann das Mandat ablehnen, muss die Ablehnung dann aber unverzüglich erklären, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen, § 44 BRAO. Etwas anders liegt es bei der Pflichtverteidigung: Nach § 49 BRAO „muss“ der Rechtsanwalt eine Verteidigung übernehmen, „wenn er nach den Vorschriften der StPO zum Verteidiger bestellt ist“ (§§ 140 ff. StPO). Davon macht wiederum § 49 Abs. 2 BRAO i.V.m. 48 Abs. 2 BRAO eine Ausnahme, wonach der Rechtsanwalt die Aufhebung der Beordnung beantragen kann, wenn wichtige Gründe vorliegen. Dazu zählen etwa gesundheitliche Schwierigkeiten, Überlastung durch andere Mandate, Ungeübtheit oder Unerfahrenheit im Strafrecht, nach *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 142 Rn. 32, unter Berufung auf OLG Hamm NJW. 1975, 1283, auch die Unmöglichkeit, ein Vertrauensverhältnis zum Mandanten aufzubauen, „weil die Ideologien, die der Tat zugrunde liegen, dem Anwalt so wesensfremd sind, dass er dem Beschuldigten nicht das Gefühl geben kann, er werde sich voll für ihn einsetzen“. Davon dürfte allerdings aus rechtsstaatlichen Gründen dann eine Rückausnahme zu machen sein, wenn sich sonst niemand bereit findet, die Verteidigung zu übernehmen.

<sup>3</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 27; *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Aufl. 2010, § 211 Rn. 14.

<sup>4</sup> In der Anklageschrift werden in solchen Fällen üblicherweise Mindestzahlen angegeben, kritisierend dazu *Prittowitz*, StV 2010, 648 (653).

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

<sup>1</sup> Dazu bereits *Prittowitz*, StV 2010, 648; *Rüter/Bästlein*, ZRP 2010, 92.

richtungen<sup>5</sup> – zu der A (durch die Bewachung) „Hilfe“ geleistet hat (§ 27 StGB). Da auch ein bereits seiner Freiheit beraubter noch weiter der persönlichen Fortbewegungsfreiheit beraubt werden kann, liegt auch im Vorhalten der Waffe beim Geleit zu den Gaskammern eine (täterschaftliche) Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB („auf andere Weise“). Doch sind diese Taten nach § 78 Abs. 2 und 3 StGB heute verjährt.<sup>6</sup>

Gem. § 78 Abs. 2 StGB verjährt Mord – im Unterschied zum Totschlag (§ 212 StGB) – nicht. Die Rechtsnatur der Verjährungsvorschriften ist umstritten. Nach überwiegender Meinung handelt es sich dabei um ein Verfolgungshindernis.<sup>7</sup> Andere sehen darin ein materiell-rechtliches und wieder andere ein gemischt materiell-prozessrechtliches Institut. Wichtiger als dies ist, ob § 78 Abs. 2 StGB auf die Taten des A überhaupt anwendbar ist, da damals auch der Mordtatbestand noch der Verjährung unterlag. Nachdem die Verjährungsfrist jeweils kurz vor Ablauf<sup>8</sup> mehrfach verlängert worden war, ist sie schließlich ganz aufgehoben worden. Die Frage ist, ob das mit dem Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) vereinbar ist. Die h.M. bejaht das. Die Frage ließe sich aber nach dem Bearbeitervermerk auch verneinen und die Möglichkeit der rückwirkenden Verlängerung der Verjährungsfrist nicht nur für bereits der Verjährung anheimgefallene<sup>9</sup> sondern auch für noch nicht verjährte Taten aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus verneinen. Weiter stellt sich die Frage, ob A wirklich (mit-)täterschaftlich Morde begangen hat oder vielmehr nur Gehilfe gewesen ist.

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme existieren bekanntlich mehrere Theorien.<sup>10</sup> Die Täterschaft des A dürfte jedoch nach allen Theorien zu verneinen sein.<sup>11</sup> Nach der subjektiven oder auch sog. Animus-Theorie muss der Betreffende einen Täterwillen (*animus auctoris*) gehabt haben. Wie schon der Name „SS-Hilfstruppen“ besagt, hatten

die Trawniki aber gerade keinen „Täterwillen“, sondern schon definitionsgemäß nur „Hilfswillen“. Auch nach der Tatherrschaftslehre dürften die Trawniki, was den Massenmord an Juden und anderen Häftlingen anbelangt, nur „Randfiguren“ des Geschehens mit untergeordneten Tatbeiträgen (Geleit zu den Gaskammern, Bewachung, Beaufsichtigung von Arbeitseinsätzen etc.) gewesen sein. Das schließt es nicht aus, dass auch Trawniki-Männer im Einzelfall Täter (sowohl von Misshandlungen wie von Morden) gewesen sind, doch ist das bei dem ausgegebenen Sachverhalt „in dubio pro reo“ nicht anzunehmen. Damit bleibt nur Beihilfe. Wieder ist (zunächst) zu klären, ob die Tat verjährt ist. In der Tat hat das LG Hamburg einmal die Auffassung vertreten, dass die Unverjährbarkeit gem. § 78 Abs. 2 StGB nur für „Verbrechen nach § 211“ (Mord) und nicht auch für „§§ 211, 27“ (Beihilfe zum Mord) gilt.<sup>12</sup> Die h.M. sieht das (zu Recht) anders. Danach gilt die Unverjährbarkeit von Mord auch für den Versuch, die Teilnahme und versuchte Beteiligung.<sup>13</sup>

Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat liegt *prima facie* vor. Man könnte allenfalls noch mit einigen Literaturmeinungen, z.B. der Lehre von der positiven oder negativen Typenkorrektur, weitere Voraussetzungen des Mordtatbestandes aufzustellen versuchen, um die Strafbarkeit daran scheitern zu lassen. Aber abgesehen davon, dass es dann zu einem „Superlativ“ der Verwerflichkeit käme<sup>14</sup> und die h.M. dem daher nicht folgt, müsste man aber wohl die besondere Verwerflichkeit auch bejahen – wo sonst, wenn nicht bei den industriemäßigen Massenmorden in den Todescamps der Nazis? Dazu müsste „Hilfe geleistet“ worden sein, § 27 Abs. 1 StGB. Hilfe ist jedes Ermöglichen oder Erleichtern der Haupttat.<sup>15</sup> Das ist hier in dem Geleit zu den Gaskammern und in der Beaufsichtigung und Bewachung der Häftlinge zu sehen. Dies geschah auch wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich, wobei Wissen und Wollen sich sowohl auf die (Vollendung der) Haupttat wie auch auf den eigenen Tatbeitrag (sog. Doppelvorsatz) beziehen. Nach der Rspr., die in Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) eigenständige Tatbestände sieht, genügt das: Der Teilnehmer muss lediglich Vorsatz bzgl. der Haupttat (Mord) haben. Ihrer Ansicht nach ist weder § 29 StGB noch § 28 Abs. 2 StGB anwendbar, wonach es bei den täterbezogenen Mordmerkmalen der ersten und dritten Gruppe nicht genügt, dass der Haupttäter ein solches besonderes persönliches Merkmal (legaldefiniert in § 14 Abs. 1 StGB) i.S.d. § 28 StGB aufweist, sondern der Teilnehmer das besondere persönliche Merkmal in eigener Person aufweisen muss. Läge beim Teilnehmer (unnötigerweise) auch ein besonderes persönliches (täterbezogenes) Mordmerkmal vor, so würde das allenfalls dazu führen, ihm

<sup>5</sup> Fahl/Winkler, Definitionen und Schemata, Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 239 Rn. 1.

<sup>6</sup> §§ 223 ff. und § 239 StGB stehen hier nur „pars pro toto“ für die zahlreichen anderen Delikte, derer A (laut Sachverhalt) angeklagt sein könnte, z.B. §§ 185 ff., 240 StGB.

<sup>7</sup> Siehe BGHSt 2, 301 (306 ff.); Kindhäuser (Fn. 3), Vor § 78 Rn. 2; zum Prüfungsstandort (regelmäßig im Anschluss an Rechtswidrigkeit und Schuld) Fahl/Winkler (Fn. 5), Vor § 1 Rn. 1-2.

<sup>8</sup> Dabei ist zu bedenken, dass die Verjährung bis zum Kriegsende und darüber hinaus bis zur Wiederaufnahme einer funktionsfähigen Rechtsprechung ruhte, § 79a Nr. 1 StGB.

<sup>9</sup> Insoweit lehnt auch die h.M. die Rückwirkung ab, s. Kindhäuser (Fn. 3), Vor § 78 Rn. 2: keine „Neueröffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen“.

<sup>10</sup> Vgl. Fahl/Winkler, Meinungsstreite, AT und BT/1, 2010, § 25 Rn. 4.

<sup>11</sup> Typischer Urteilsstil, bei dem die Begründung dem Ergebnis nachfolgt. Nicht nur das unterscheidet die vorliegenden Lösungshinweise von der anzufertigenden Klausurlösung (bei der auf solchen Urteilsstil richtigerweise ganz verzichtet werden sollte – dazu müssen die Sätze wieder umgedreht werden).

<sup>12</sup> Vgl. LG Hamburg NSStZ 1981, 141 f. m. krit. Anm. Schünemann; Triffterer, NJW 1980, 2049.

<sup>13</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 78 Rn. 2; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 78 Rn. 11.

<sup>14</sup> Siehe dazu Fahl/Winkler, Meinungsstreite, BT/2, 2011, § 211 Rn. 4.

<sup>15</sup> Fahl/Winkler (Fn. 5), § 27 Rn. 2.

(contra legem) die obligatorische Strafmilderung des § 28 Abs. 1 StGB (i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) zu versagen.<sup>16</sup>

Nach der h.M. in der Lit. handelt es sich dagegen beim Mord um eine Qualifikation, so dass § 28 Abs. 2 StGB anwendbar wäre.<sup>17</sup> Was sich für den (ausführenden) SS-Mann (den, der mit einer Gasmaske versehen Zyklon B vom Dach aus in die Gaskammer gleiten ließ) als Mord aus Rassenhass darstellte, könnte sich für den teilnehmenden Trawniki „nur“ als (Beihilfe zum) Totschlag herausstellen (sog. Tatbestandsverschiebung). Da nur der Mordtatbestand (§ 211 StGB) und nicht der Totschlag (§ 212 StGB) von der Verjährung ausgenommen ist (§ 78 Abs. 2 StGB), wären die Taten damit doch verjährt. Darauf hat der ehemalige Vizepräsident des Bundesgerichtshofes *Jähnke* auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog 2009, wo die Frage diskutiert wurde, ob Mord nun ein Delikt eigener Art („delictum sui generis“) oder bloß eine Qualifikation des Totschlags ist, aufmerksam gemacht und vor einer Rechtsprechungsänderung gewarnt, die dazu führen könnte, dass einer Verurteilung von nationalsozialistischen Tätern wegen Beihilfe zukünftig das Prozesshindernis der Verjährung entgegenstehen könnte.<sup>18</sup> Dem wurde freilich bereits entgegengehalten, dass diese missliche Konsequenz nicht unvermeidbar sei.<sup>19</sup> Es ist schon zu bezweifeln, dass die Trawniki (als Ukrainer und damit „Arier“) nicht gleichfalls aus Rassenhass und damit aus niedrigen Beweggründen handelten, womit sich das Problem erledigen würde, wenn auch ein anderes (täterbezogenes) Mordmerkmal der ersten oder dritten Gruppe in der Person der Trawniki bejaht werden kann. Zwar kann es wohl ohne eine gewisse moralische Hybris nicht als sittlich „auf tiefster Stufe“<sup>20</sup> stehend angesehen werden, den eigenen Kopf um den Preis eines anderen Kopfes aus der Schlinge zu ziehen.<sup>21</sup> Wer aber die Geschichte des Vernichtungslagers Sobibor kennt, der weiß, dass die Häftlinge dort auch vergast wurden, um andere Straftaten, nämlich die, deren Zeugen sie bis dahin bereits geworden waren, zu verdecken (sog. Verdeckungsabsicht, § 211 Abs. 2 3. Gruppe Alt. 2 StGB). Aus diesem Grunde – Verdeckung – wurde Sobibor gegen Kriegsende völlig dem Erdboden gleich gemacht.

Abgesehen davon dürften die Vergasungen auch tatbezogene Mordmerkmale erfüllt haben und zwar sowohl Heimtücke – Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosig-

keit<sup>22</sup> der Opfer, denen üblicherweise gesagt wurde, es handle sich um Duschen (und nicht um Gaskammern) – sowie Grausamkeit – Zufügung von Schmerzen oder Qualen, die über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen<sup>23</sup> wenn man bedenkt, dass der Erstickungstod langsam und qualvoll ist, weil das Zyklon B vom Boden aufsteigt, so dass die Menschen in ihrem Todeskampf übereinander klettern in dem Bestreben, dort oben den letzten Atemzug frische Luft zu erheischen. Schließlich dürfte es sich bei dem (eigentlich als Rattengift gedachten) Zyklon B auch um ein „gemeingefährliches Mittel“ – Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen<sup>24</sup> – gehandelt haben. Hier zu argumentieren, das Mittel sei in seiner Wirkungsweise (durch die baulichen Voraussetzungen) von den Nazis gerade beherrschbar gemacht worden und daher keine Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl, sondern jeweils nur für eine (genauestens) bestimmte Anzahl gewesen, ist geradezu zynisch.<sup>25</sup> Damit stellt sich die Frage der Tatbestandsverschiebung (und damit der Verjährung) im Ergebnis nicht. Denn bei den „tatbezogenen“ Mordmerkmalen der zweiten Gruppe genügt beim Teilnehmer auch nach Ansicht der h.L. einfacher Vorsatz, der indes bereits bejaht wurde.

## 2. Rechtswidrigkeit

### a) Notstand gem. § 34 StGB

Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB muss schon daran scheitern, dass das Leben (der Opfer) gegen das Leben (der Trawniki) nicht abwägbar ist. Das eigene Leben – unterstellt, das habe sich im Kriegsgefangenen-KZ in gegenwärtiger (Dauer-)Gefahr befunden, die sich (in dubio pro reo) nicht anders als durch Absolvierung von Hilfsaufgaben für die SS habe abwenden lassen – auf Kosten des Lebens anderer zu retten, kann daher niemals gerechtfertigt sein, es sei denn, man wolle ein „todgeweihtes“ Leben (der im Vernichtungslager ankommenden Deportierten) gegenüber dem noch zu rettenden Leben (der Trawniki) doch für abwägbar halten.<sup>26</sup> Dem dürfte jedoch, wenn man sich schon auf solche utilitaristischen Erwägungen einlässt, entgegenstehen, dass hier ein einziges – noch dazu im Kriegsgefangenenlager ebenfalls „todgeweihtes“ – Leben gegen viele steht.

### b) Handeln auf Befehl

Dabei handelt es sich um einen eigenständigen – zumindest eigenen Regeln folgenden – Rechtfertigungsgrund. Nach der wohl h.M. ist zwischen rechtmäßigen, rechtswidrigen verbindlichen und rechtswidrigen unverbindlichen Befehlen zu

<sup>16</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 14), § 211 Rn. 3.

<sup>17</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 14), § 211 Rn. 2.

<sup>18</sup> Siehe *Pintaske/Sitzer*, in: *Jahn/Nack* (Hrsg.), *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009, 2010, S. 63 (m. Bespr. *Fahl*, GA 2010, 484); ein solcher Fehler ist schon einmal geschehen, s. *Greve*, JJZG 4 (2002/2003), 295.

<sup>19</sup> *Frommel*, in: *Jahn/Nack* (Fn. 18), S. 64; zust. *Fahl*, GA 2010, 484.

<sup>20</sup> So die Definition der h.M., vgl. *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 4.

<sup>21</sup> Zu etwaigen Motivbündeln *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 97.

<sup>22</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 5.

<sup>23</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 9.

<sup>24</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 211 Rn. 10.

<sup>25</sup> Dazu sollte sich auch eine engagierte Verteidigung nicht hinreißen lassen, wenn man auch anerkennen muss, dass die Aufgabenstellung in gewisser Weise dazu auffordert, auch Rechtspositionen zu vertreten, die man moralisch nicht teilt.

<sup>26</sup> Wie das immerhin im Zusammenhang mit dem Abschuss gekappter Verkehrsflugzeuge diskutiert worden ist.

unterscheiden.<sup>27</sup> In erster Linie wird die Verteidigung argumentieren können, dass das, was damals Recht war, heute nicht Unrecht sein kann und den Befehl – nach damaliger Rechtslage – für rechtmäßig halten. Dem sind aber durch die *Radbruchsche Formel*<sup>28</sup> Grenzen gesetzt. Danach gilt das positive Gesetz grundsätzlich auch dann, wenn es ungerecht und falsch ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit so unerträglich ist, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ zurückzutreten hat. So liegt es hier.<sup>29</sup> Blicke die Möglichkeit, den Befehl als rechtswidrig, aber verbindlich anzusehen. Manche billigen solchen Befehlen in der Tat rechtfertigende Kraft zu.<sup>30</sup> Dagegen spricht, dass die Gefangenen sich dann nicht einmal mit Notwehr gegen die Bewacher wehren dürften. Denn Notwehr gegen Notwehr ist nicht möglich (Notwehrprobe). Das kann nicht richtig sein. Andere halten einen solchen (rechtswidrigen, aber verbindlichen) Befehl daher lediglich für einen Entschuldigungs- oder Schuldaußschließungsgrund.<sup>31</sup> Doch wird man im Ergebnis einen Befehl zur Beihilfe zum industriellen Massenmord nicht einmal für (in diesem Sinne) „verbindlich“ halten dürfen, weil dadurch die Menschenwürde (nunmehr: Art. 1 GG) verletzt wird.<sup>32</sup>

### 3. Schuld

#### a) § 17 StGB

Dem Angeklagten könnte bei Begehung der Tat die Einsicht gefehlt haben, Unrecht zu tun, § 17 Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>33</sup> In-

dem er das von der SS errichtete Lagersystem für rechtens hielt, könnte er sich in einem sog. Erlaubnisirrtum – Irrtum über die rechtlichen Grenzen (Menschenwürde) eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (Handeln auf Befehl) bzw. Glauben an einen von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund (etwa die rechtfertigende Kraft des vermeintlichen oder wirklich vorhandenen Führerbefehls bzw. auch der im Sachverhalt erwähnten Verwaltungsvorschriften vom Reichssicherheitshauptamt und Wirtschaftsverwaltungshauptamt in Berlin) – befunden haben, auf den § 17 StGB analog anzuwenden ist,<sup>34</sup> weil § 17 StGB ausweislich seiner Überschrift den „Verbotsirrtum“, also das Nichtwissen um ein Verbot und nicht den Erlaubnisirrtum, also den irrigen Glauben an einen Erlaubnissatz (sog. umgekehrter Verbotsirrtum) betrifft.<sup>35</sup> Welcher der beiden genannten Fälle vorliegt, ist schwer zu unterscheiden und letztlich auch unerheblich. Entscheidend ist, ob der Irrtum (zumal für einen mit dem deutschen Rechtssystem nicht in gleicher Weise wie ein Deutscher vertrauten Ukrainer) unvermeidbar war. Das lässt sich, auch angesichts der Erkenntnis wie schwer es Nachkriegsdeutschland gefallen ist, zentrale Reichsbehörden wie das Reichssicherheitshauptamt (RSHA) und Wirtschaftsverwaltungshauptamt (WVHA) in Berlin als „kriminelle Vereinigungen“ zu begreifen<sup>36</sup> – gut vertreten. Bei den hohen – gelegentlich zu hohen<sup>37</sup> – Anforderungen, die indes die Rspr. an die Vermeidbarkeit stellt (Stichwort: gehörige Gewissensanstrengung) ist freilich das umgekehrte Ergebnis nahe liegend.

#### b) Entschuldigung nach § 35 StGB

Zuletzt ist zu erwägen, ob A nicht aufgrund eines (entschuldigenden) Notstands entschuldigt werden kann, weil er sich als Kriegsgefangener der Deutschen und KZ-Häftling selbst in Lebensgefahr (§ 35 Abs. 1 S. 1 StGB) befunden hat. In der Tat muss – zumindest nach dem hiesigen Sachverhalt – angenommen werden, dass für Kriegsgefangene (insbesondere sowjetische<sup>38</sup>) die gegenwärtige und auch nicht anders abwendbare Gefahr bestand, selbst im Lager umzukommen. Das unterscheidet den vorliegenden Fall von dem der SS-Wachleute und Wehrmachtangehörigen, die allesamt nach dem Krieg behaupteten, sie seien selbst erschossen worden, wenn sie sich geweigert hätten, den Befehl zur Tötung zu befolgen, was in einer Vielzahl von Fällen nachweislich nicht

gestellt werden, dass er sittliche und geistige Reife hatte, das Unrecht der Tat einzusehen; auf Heranwachsende (unter 21 Jahren – das gab es in Auschwitz!) ist § 3 JGG aber gem. § 105 Abs. 1 JGG nicht anwendbar.

<sup>34</sup> *Fahl/Winkler* (Fn. 5), Vor § 1 Rn. 2; nach a.A. ist § 17 StGB direkt anzuwenden.

<sup>35</sup> Zur Abgrenzung vom davon zu unterscheidenden Erlaubnistatbestandsirrtum *Fahl/Winkler* (Fn. 5), § 32 Rn. 12; zu dessen Behandlung *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 16 Rn. 9.

<sup>36</sup> Siehe *Rüter/Bästlein*, ZRP 2010, 92 (93).

<sup>37</sup> Vgl. *Fahl*, JA 1999, 8; s. auch *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 17 Rn. 1.

<sup>38</sup> Die ersten Vergasungen in Auschwitz fanden an sowjetischen Kriegsgefangenen statt.

<sup>27</sup> *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 450.

<sup>28</sup> Siehe dazu *Fahl*, JA 2004, 449 (450).

<sup>29</sup> Wer sich anders entscheidet, muss nach dem Bearbeiterhinweis dennoch, quasi „hilfsgutachtlich“ – hoffentlich nicht „hilfsgutachterlich“ – weiter prüfen. Da man nach der Aufgabe stets die dem Mandanten günstigere Rechtsmeinung vertreten soll, kann es zu mehreren solcher (nacheinander geschalteten) „Hilfsgutachten“ kommen. Das ist nicht schön, muss aber bei dieser Art der Aufgabenstellung hingenommen werden.

<sup>30</sup> *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 32 Rn. 89; *Wessels/Beulke* (Fn. 27), Rn. 450; einschränkend *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 17 Rn. 19: bei schweren Verstößen gegen das Strafrecht und die Menschenwürde, wie hier, habe die Unrechtsvermeidung Vorrang.

<sup>31</sup> *Fischer* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 16.

<sup>32</sup> Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 30), § 17 Rn. 15 mit dem Hinweis auf § 11 Abs. 1 S. 2 SoldG sowie § 56 Abs. 2 S. 3 BBG, § 38 Abs. 2 S. 2 BRRG: „sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten [...] die Würde des Menschen verletzt“; a.A. aber nach dem Bearbeitervermerk vertretbar – in den „Mauerschützen-Fällen“ nahm der BGH indes vielleicht zu pauschal die Unverbindlichkeit des Befehls wegen offensichtlichen Verstoßes gegen die Menschenwürde an, dazu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 118e.

<sup>33</sup> Wäre A zur Tatzeit (vgl. § 1 Abs. 2 JGG) noch nicht 18 Jahre alt gewesen, so müsste nach § 3 JGG (vorrangig!) fest-

zutraf; schlimmstenfalls drohte ihnen eine Versetzung an die Ostfront (wo freilich ebenfalls eine Gefahr für Leib und Leben bestand, die für einen Soldaten aber hinnehmbar war). Es war ja gerade das Perfide an dem Nazi-System, dass es sogar die Grenzen zwischen Täter und Opfer verwischte. Fraglich mag allenfalls sein, ob A aufgrund irgendwelcher besonderer „Umstände“ „zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen“ (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB). Doch ist nicht recht zu sehen, welche das sein sollten.<sup>39</sup>

Damit ist A nach der hier vertretenen Auffassung entschuldigt. Zumindest die Strafmilderung nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB (an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe tritt danach Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren) kann ihm – das dürfte hier die letzte Verteidigungslinie sein – wohl nicht mit der zynischen<sup>40</sup> Begründung versagt werden, dass er die Gefahr „mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis“ (Kriegsgefangenschaft?) „hinzunehmen“ gehabt hätte. Wenn man A nicht für entschuldigt hält und Beihilfe zum Mord (§§ 211, 27 StGB) annimmt, so ist nur noch fraglich, in welchem Konkurrenzverhältnis die Tausenden von Mordtaten stehen. Was den Tod mehrerer Opfer in der Gaskammer anbelangt, liegt eine Beihilfehandlung i.S.d. § 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB bzw. Geleit vor. Was aber die unzähligen einzelnen Häftlingstransporte während der Dienstzeit des A anbelangt, die in Sobibor ankamen und mit seiner Hilfe der „Sonderbehandlung“ zugeführt wurden, so hätten diese, selbst als es die „fortgesetzte Tat“ noch gab, wegen der Höchstpersönlichkeit des Rechtsgutes Leben nicht zu einer Deliktverwirklichung i.S.d. § 52 StGB „verschmolzen“ werden können.<sup>41</sup> Man kann sich mit der Annahme einer „natürlichen Handlungseinheit“ behelfen,<sup>42</sup> der zufolge die (mehreren) Deliktverwirklichungen, für die eigentlich § 53 StGB (Tatmehrheit) gelten würde, bei „natürlicher Betrachtungsweise“ als ein „einheitliches zusammengehöriges Tun“ erscheinen.<sup>43</sup>

### III. Prozessuale Überlegungen

Ähnliche Überlegungen wie in dem zur Bearbeitung ausgegebenen Sachverhalt dürften auch in dem vor dem Landgericht München verhandelten Originalfall eine Rolle gespielt haben. Zuletzt ist anlässlich des Verfahrens gegen Honecker darum gestritten worden, ob ein hohes Lebensalter oder eine geringe verbleibende Lebenserwartung bereits für sich genommen ein Prozesshindernis darstellen, so dass das Verfah-

ren gem. § 206a StPO (außerhalb der Hauptverhandlung ohne Schöffen durch Beschluss) bzw. gem. § 260 Abs. 3 StPO (durch Urteil unter Beteiligung der Schöffen) – auch darüber wurde im Honecker-Verfahren gestritten – eingestellt werden muss. In der Tat kann man die Ansicht vertreten, dass der Verfahrenszweck nicht mehr erreichbar sei, wenn der Angeklagte den Ausgang des Verfahrens mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr erleben wird.<sup>44</sup> Damit würde das Feststellungsinteresse der Gemeinschaft (u.U. auch das des Angeklagten) jedoch als zu gering eingestuft. Zur Wahrheitsfindung gehört zunächst die Aufklärung des Geschehens.<sup>45</sup> Dieses Interesse besteht unabhängig von der mutmaßlichen Lebensdauer des Angeklagten jedenfalls bis zu seinem Tode. Das bloße Lebensalter – zumal in einer immer älter werdenden Gesellschaft (demographischer Wandel) – als solches ist daher kein Einstellungsgrund<sup>46</sup> (das absurde Ergebnis wäre sonst, dass Senioren zwar Straftaten begehen, aber dafür nicht mehr verurteilt werden könnten).

Hier geht es aber auch nicht – jedenfalls nicht in erster Linie – um die aufgrund hohen Alters und angeschlagener Gesundheit begrenzte Lebenserwartung, sondern um eine für A bestehende akute Lebensgefahr durch Aufregung, die prinzipiell auch bei einem jüngeren Menschen vorkommen könnte. Wer vor Aufregung mit dem Tode ringt, ist nicht „verhandlungsfähig“, darunter versteht man die Fähigkeit des Beschuldigten, in oder außerhalb der Verhandlung seine Interessen wahrzunehmen, die Verteidigung zu führen und Prozessklärungen abgeben und entgegennehmen zu können.<sup>47</sup> Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, ihr Fehlen ist Prozesshindernis und führt beim vorübergehenden Fortfall zur vorläufigen Einstellung nach § 205 StPO, beim endgültigen Fehlen zur Einstellung nach §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO (s.o.).

Falls die Verhandlungsunfähigkeit jedoch selbst herbeigeführt wird, z.B. durch Hungerstreik<sup>48</sup> oder auch durch Hineinsteigern in einen die Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand,<sup>49</sup> gilt § 231a StPO bzw. (wenn der Angeklagte

<sup>39</sup> Für einen besonderen (Rechtfertigungs- oder) Entschuldigungsgrund der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ ist daneben nach h.M. kein Raum, vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 27), Rn. 451.

<sup>40</sup> Zynismus ist weder in der einen noch in der anderen Richtung angebracht, gerade bei dem vorliegenden Thema wollen die Worte gut gewählt sein und dennoch besteht immer die Gefahr, einen falschen Ton zu treffen. Das wird man bis zu einem gewissen Grad zu entschuldigen haben.

<sup>41</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 53 Rn. 1.

<sup>42</sup> Siehe *Fahl/Winkler* (Fn. 10), § 53 Rn. 2.

<sup>43</sup> Hierin könnte ein weiteres Betätigungsfeld für die Argumentation der Verteidigung liegen.

<sup>44</sup> Vgl. *BerlVerfGH NJW* 1993, 515 (517); *BerlVerfGH JR* 1994, 382 (386); *Limbach*, *Der drohende Tod als Strafverfahrenshindernis*, 1998, S. 133; abl. *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 289.

<sup>45</sup> So auch *Beulke* (Fn. 44), Rn. 12 m.w.N. und – unter ausdrücklichem Verweis auf die NS-Verfahren der Vergangenheit und die Notwendigkeit der Aufklärung schwerer Straftaten als zentraler Aufgabe eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens – *BVerfGE* 77, 65 (77).

<sup>46</sup> So auch *Prittowitz*, *StV* 2010, 648 (653 f.).

<sup>47</sup> Vgl. *BGHSt* 41, 16 (18).

<sup>48</sup> Vgl. *BGHSt* 26, 228 (Baader-Meinhof-Fall).

<sup>49</sup> Vgl. *BGHSt* 2, 300 (305): Die angeklagte Ehefrau eines im April 1945 hingerichteten Konzentrationslagerkommandanten hatte ihre „zeitweilige Verhandlungsunfähigkeit selbst herbeigeführt, indem sie sich, um das Verfahren zu hindern, in krankhafte seelische Erregung versetzte“, aus der sie sich dann „allerdings nicht mehr ohne weiteres befreien konnte“; s. auch *OLG Hamm NJW* 1977, 1739: „bewusstes Sich-Hineinsteigern in einen psychischen Ausnahmezustand“.

über die Anklage schon vernommen war und das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für erforderlich hält) § 231 Abs. 2 StPO analog (sich verhandlungsunfähig machen als „Entfernen“). In beiden Fällen kann die Verhandlung ohne den Angeklagten durchgeführt werden. Freilich ließe sich bestreiten, dass der Angeklagte sich „vorsätzlich oder schuldhaft“ in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und dadurch „wissentlich“ die ordnungsgemäße Durchführung oder Fortsetzung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart (§ 231a Abs. 1 S. 1 StPO) verhindert hat, weil das „Hineinsteigern“ unwillkürlich ablaufe und sich nicht steuern lasse<sup>50</sup> und dieselben Voraussetzungen, so ließe sich argumentieren, auch für § 231 Abs. 2 StPO gelten müssten, obwohl dort nach dem Gesetzeswortlaut ein schuldhaftes Verhalten nicht vorausgesetzt ist.<sup>51</sup>

Dieser Argumentation bedarf es aber nach der Rspr. des Bundesverfassungsgerichts gar nicht: So drang ein 74jähriger ehemaliger SS-Unterscharführer im Konzentrationslager Auschwitz, dem die Ermordung sechs jüdischer Häftlinge im Lager „Kanada“ vorgeworfen wurde, mit dem Vortrag durch, „dass für ihn auch bei der Fortführung des Verfahrens in seiner Abwesenheit eine naheliegende und konkrete Lebens- oder schwerwiegende Gesundheitsgefahr bestehe“; die Ungewissheit, was in seiner Abwesenheit geschehe, belaste ihn sogar noch mehr als die Teilnahme an der Hauptverhandlung und die damit verbundene Gewissheit.<sup>52</sup> Auch das Verfahren gegen einen zum Zeitpunkt der Verhandlung 71jährigen ehemaligen SS-Obersturmbannführer im Konzentrationslager Mittelbau/Dora, dessen Gutachter zu dem Ergebnis kam, „der Beschwerdeführer reagiere auf eine womöglich hohe Strafdrohung wie auf ein kränkendes Unrecht und gerate dadurch in einen Erregungszustand, der ihn unter Umständen in Lebensgefahr bringe“ (und dass der Verhandlungsfähigkeit ausschließende affektlabile Zustand „vorzugsweise durch bestimmte Themen aus der Biographie“ und „durch bestimmte Reizworte“ ausgelöst werde), ist eingestellt worden.<sup>53</sup>

Freilich soll nicht verhehlt werden, dass ich diese Rspr. für falsch halte: Zumindest solche Gefahren, die mit der Erwähnung von „bestimmten Themen aus seiner Biographie“ verbunden sind – zumal wenn diese nichts anderes sind, als das Verbrechen, das ihm zur Last gelegt wird – sind m.E. dem Bereich des allgemeinen Lebensrisikos zuzuschlagen. Den Befindlichkeiten sensibler Angeklagter ist mit der Verhandlung in Abwesenheit Genüge getan. Mehr muss nicht

getan werden, um ihm die „Thematisierung“, wenn man die Durchführung eines Strafverfahrens zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs so bezeichnen will, vor der er im Übrigen auch etwa bei der Begegnung mit seinen Opfern in der Öffentlichkeit oder in Rundfunk und Fernsehen nicht gefeit ist, zu „ersparen“.<sup>54</sup>

Ähnliche Überlegungen wie die hier angestellten könnten zukünftig noch eine Rolle für die Haft(un-)fähigkeit (Vollzugsuntauglichkeit) des Verurteilten spielen – aber das ist eine andere Frage.

<sup>50</sup> In diesem Sinne *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn. 772; *Gatzweiler/Mehle*, in: Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl. 2007, § 10 Rn. 75.

<sup>51</sup> Zu beiden Vorschriften und insbes. der Fortgeltung der Analogie zu § 231 Abs. 2 StPO auch nach Einführung des § 231a StPO *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 303 f.

<sup>52</sup> BVerfGE 89, 120 = NJW 1994, 1590 = NSZ 1993, 598 m. Anm. *Meurer* – das LG hatte gemeint, das Vorbringen sei „aus Rechtsgründen unbeachtlich“.

<sup>53</sup> BVerfGE 51, 324 = NJW 1979, 2349; s. dazu *Kröpil*, AnwBl. 2001, 198 (202 f.).

<sup>54</sup> Ausführlich *Fahl* (Fn. 51), S. 313.