

Die Strafsache „Oskar Gröning“ vor dem Bundesgerichtshof Zugleich Überlegungen zum Begriff der teilnahmefähigen Haupttat i.S.v. § 27 Abs. 1 StGB bei arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhängen

Von PD Dr. **Boris Burghardt**, Berlin*

Die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) in der Strafsache Oskar Gröning erging vor etwas mehr als zwei Jahren, am 20. September 2016.¹ In der Medienberichterstattung wurde sie alsbald als „historisch“ gewürdigt.² Auch die Besprechungen in juristischen Fachzeitschriften begrüßten jedenfalls das Ergebnis, die Verurteilung Grönings wegen Beihilfe an den in Auschwitz verübten Gaskammernorden während der sog. „Ungarn-Aktion“.³

Im Folgenden sollen nach einer Zusammenfassung dieses denkwürdigen Verfahrens (dazu I.) zwei Aspekte aufgegriffen werden, die in der bisherigen Rezeption der BGH-Entscheidung zu kurz gekommen sind. In strafrechtsdogmatischer Hinsicht ist es lohnend, dem Begriff der teilnahmefähigen Haupttat vertiefte Aufmerksamkeit zu widmen (II.). Zudem soll die Entscheidung in zeitgeschichtlicher Hinsicht bewertet werden (III.).

I. Die Strafsache Oskar Gröning

1. Ermittlungsverfahren und Anklage

Oskar Gröning wird im August 2014 von der Staatsanwaltschaft Hannover angeklagt.⁴ Zu diesem Zeitpunkt ist er 93 Jahre alt. Der Tatvorwurf gegen ihn lautet: Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen.

Gegenstand der Anklage ist die Tätigkeit Grönings als SS-Unterscharführer in Auschwitz während der sog. „Ungarn-Aktion“. Mit dieser Bezeichnung ist die Deportation ungarischer Juden nach Auschwitz-Birkenau vom 16. Mai bis zum 11. Juli 1944 gemeint.⁵ In diesem Zeitraum trafen 141 Züge aus Ungarn im Vernichtungslager ein, im Durchschnitt

fast drei Züge täglich, jeder mit 40 bis 50 Waggons, in jedem Waggon 80 bis 100 Personen – jeden Tag zwischen 8.000 und 10.000 Menschen.⁶ Insgesamt werden in den knapp zwei Monaten nach der Zählung des Ungarn-Bevollmächtigten des Großdeutschen Reiches, Edmund Veesenmeyer, 437.402 Personen nach Birkenau deportiert.⁷ Von ihnen werden unmittelbar nach ihrer Ankunft in Auschwitz-Birkenau mehr als drei Viertel, zwischen 300.000 und 350.000 Menschen, in den Gaskammern ermordet.

Oskar Gröning war zu Beginn der „Ungarn-Aktion“ bereits mehr als anderthalb Jahre in Auschwitz.⁸ Als 21-Jähriger hatte er dort am 25. September 1942 seinen Dienst in der im Stammlager angesiedelten Häftlingeigentumsverwaltung (HEV) angetreten, und zwar in der Abteilung Häftlingsgeldverwaltung (HGV). Die systematischen Vernichtungsaktionen an deportierten Juden hatten in Auschwitz schon im Mai 1942 begonnen, ab Juli 1942 wurden sie zur Routine.⁹ Grönings Aufgabe in der HEV bestand darin, das Geld, das in dem Hab und Gut der Deportierten gefunden wurde, nach Devisensorten zu sortieren, zu verbuchen und in einem Tresor zu verwahren. In unregelmäßigen Abständen begleitete Gröning den Transport dieses Geldes nach Berlin, entweder zum Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt (WVHA) der SS oder direkt zu der Reichsbank, wo die SS zu diesem Zweck ein Konto unter dem zynischen Tarnnamen „Max Heiliger“ führte.¹⁰

Überdies versah Gröning mehrfach den sogenannten „Rampendienst“, der darin bestand, nach Ankunft eines De-

* Der *Verf.* vertritt derzeit als Gastprofessor den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. *Tatjana Hörnle*) an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 = BGHSt 61, 252. Die Entscheidungsgründe lagen Ende November 2016 schriftlich vor.

² Vgl. z.B. *Janisch*, *Süddeutsche Zeitung* v. 29.11.2016, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/kz-helfer-historisches-urteil-1.3270069>.

³ Vgl. *Fahl*, *HRRS* 2017, 167; *Grünwald*, *NJW* 2017, 500; *Momsen*, *StV* 2017, 546; *Rommel*, *NStZ* 2017, 161; *Roxin*, *JR* 2017, 88; *Safferling*, *JZ* 2017, 258.

⁴ Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13.

⁵ Ausführlich zu der „Ungarn-Aktion“ *Aly/Gerlach*, *Das letzte Kapitel, Der Mord an den ungarischen Juden*, 2002. Zusammenfassend z.B. *Safrian*, *Eichmann und seine Gehilfen*, 1995, S. 295 ff.; *Wachsmann*, *KL: Die Geschichte der nationalsozialistischen Konzentrationslager*, 2016, S. 528 ff. Grundlegend *Braham*, *The Destruction of the Hungarian Jewry*, 1963.

⁶ Vgl. z.B. *Steinbacher*, *Auschwitz, Geschichte und Nachgeschichte*, 3. Aufl. 2015, S. 86 f.; *Wachsmann* (Fn. 5), S. 530, spricht davon, dass an manchen Tagen bis zu fünf Züge mit rund 16.000 Personen in Auschwitz eingetroffen seien.

⁷ Zu Veesenmeyer, der 1949 im Wilhelmstraßen-Prozess wegen der strafbaren Beteiligung an Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu einer Freiheitsstrafe von 20 Jahren verurteilt, aber bereits im Dezember 1951 begnadigt und aus der Haft entlassen wurde, vgl. z.B. *Conze/Frei/Hayes/Zimmermann*, *Das Amt und die Vergangenheit*, 2010, S. 260 ff., 389 ff.

⁸ Vgl. zu den Angaben über die Tätigkeit des Angeklagten in Auschwitz und Auschwitz-Birkenau die gerichtlichen Feststellungen in LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 7–12, 17, sowie zusammenfassend BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 3, 11 ff.

⁹ Vgl. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 84.

¹⁰ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 12. Da das Reichssicherheitshauptamt und das WVHA die für ihre Tätigkeiten benötigten Gelder zumindest indirekt auch aus den auf diesen Konten angesammelten Barmitteln erhielten, wurde der Massenmord zu einem sich weitgehend selbst finanzierenden Unterfangen, vgl. z.B. *Kádár/Vági*, *Self-financing Genocide*, 2004, S. 118.

portationszuges an der Rampe von Auschwitz-Birkenau in Uniform und bewaffnet Wachdienst zu verrichten. Zweck des „Rampendienstes“ war die Absicherung des reibungslosen Verlaufs der folgenden Schritte: das Aussteigen der entkräfteten Deportierten aus den Zügen; die Selektion der Deportierten in „Arbeitsfähige“, die als Häftlinge in das Lager aufgenommen wurden, und „Nicht-Arbeitsfähige“, die sogleich zu den vier großen Krematorien mit den integrierten Gaskammern verbracht und dort ermordet wurden; zugleich die Entladung, Durchsuchung und Sortierung des an der Rampe zurückgelassenen Gepäcks der Deportierten durch Häftlinge des Konzentrationslagers zur Weiterverwertung und Bereicherung der SS und der „deutschen Volksgemeinschaft“.

Gröning hat drei „Rampendienste“ während der „Ungarn-Aktion“ eingeräumt, ohne dass sich im Hauptverfahren nähere gerichtliche Feststellungen treffen ließen, wann diese erfolgten. Nach eigenen Angaben war Gröning dabei stets nur mit der Bewachung des Gepäcks beauftragt, während die unmittelbare Beaufsichtigung der Deportierten den „Wachmannschaften“ der SS-Totenkopfverbände oblag.

Nach dem Krieg und britischer Kriegsgefangenschaft kehrte Gröning 1948 in seinen Geburtsort Nienburg an der Weser zurück und arbeitete dort als Buchhalter, später als Personalchef in einer Glasfabrik.¹¹ Von der deutschen Justiz blieb er zunächst drei Jahrzehnte unbehelligt. Erst im Januar 1978 führte ein Ermittlungsverfahren, das die Staatsanwaltschaft Frankfurt/Main noch in der Folge des großen „Frankfurter Auschwitz-Prozesses“ gegen 61 ehemalige SS-Angehörige der Lagerkommandos führte, zu seiner Vernehmung als Beschuldigter.¹² Danach geschah erneut jahrelang nichts, die formale Einstellung des Ermittlungsverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts gegen Gröning erfolgte erst im März 1985.¹³ Für die Justiz war er in den folgenden Jahrzehnten nur als Zeuge in Strafverfahren gegen andere ehemals in Auschwitz tätige SS-Angehörige von Interesse. Sowohl in dem Strafverfahren gegen Gottfried Weise vor dem Landgericht Wuppertal¹⁴ als auch in dem Strafverfahren gegen Heinrich Kühnemann vor dem Landgericht Duisburg¹⁵ wurde Gröning als Zeuge vernommen.¹⁶ Die von der „Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung national-

sozialistischer Verbrechen“ 2005 und erneut 2011 – nach der Verurteilung Iwan (John) Demjanjucks durch das Landgericht München II¹⁷ – angeregte Wiederaufnahme der Ermittlungen lehnte die Staatsanwaltschaft Frankfurt/Main jeweils ab. Erst Ende November 2013 nahm sich die Staatsanwaltschaft Hannover der Sache an und leitete ein erneutes Ermittlungsverfahren gegen Gröning ein, das schließlich zu der Anklageerhebung führte.¹⁸

2. Die erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Lüneburg

Die Hauptverhandlung fand vom 21. April bis zum 15. Juli 2015 vor der 4. Großen Strafkammer des Landgerichts Lüneburg statt. Der Vorsitzende Richter Franz Kompisch erhielt alsbald viel Lob für seine behutsame Verhandlungsführung, die den angereisten Auschwitz-Überlebenden ausreichenden Raum gab, ihre Geschichte zu erzählen, ohne zugleich das verfahrensimmanente Ziel – die Klärung der Frage nach der Strafbarkeit Grönings – aus den Augen zu verlieren.¹⁹

Zugleich trug auch der Angeklagte selbst durch sein Auftreten dazu bei, dass der Prozess zu einem denkwürdigen Ereignis wurde. Trotz seines hohen Alters und der mit dem Prozess verbundenen physischen und psychischen Belastungen versuchte Gröning nicht, das Verfahren gegen ihn zu verzögern. Vielmehr sprach er offen über seine Tätigkeit in Auschwitz und fand Worte des Bedauerns. Im Urteil heißt es dazu: „Seine Angaben in der Hauptverhandlung waren von großer, teils schonungsloser Offenheit geprägt.“²⁰ Bereits am ersten Prozesstag räumte Gröning seine moralische Mitschuld ein,²¹ in seinem „letzten Wort“ als Angeklagter erklärte er: „Auschwitz war ein Ort, an dem man nicht mitmachen durfte. Das haben wir hier gehört, das ist mir bewusst. Ich bereue aufrichtig, dass ich diese Erkenntnis nicht früher umgesetzt habe. Das tut mir aufrichtig leid.“²² Damit unterschied sich sein Verhalten markant von dem der allermeisten Personen,

¹¹ Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 20.

¹² Vgl. dazu auch *Renz*, Die Justiz schärft ihren Blick auf Auschwitz, *Die Zeit* v. 21.7.2015, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wissen/geschichte/2015-07/auschwitz-prozess-oskar-groening-revision-rechtsauffassung-vernichtungslager/komplettansicht> (2.1.2019).

¹³ Vgl. LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 21.

¹⁴ Vgl. LG Wuppertal, Urt. v. 28.1.1988 – 25 Ks 130 Js 7/83 (Z) – 29/85 V = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 902a, Bd. XLVII, 295; BGH, Beschl. v. 31.3.1989 – 3 StR 486/88 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 902b, Bd. XLVII, 395 ff.

¹⁵ Das Verfahren gegen Kühnemann wurde wegen der dauerhaften Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten eingestellt.

¹⁶ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 22 f.

¹⁷ LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 924, Bd. XLIX, 227. Vgl. dazu u.a. *Werle/Burghardt*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 339.

¹⁸ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 25.

¹⁹ Es sagten Hedy Bohm, Ted Bolgar, Max Eisen, William Glied, Eugene Lebovitz, Ivor Perl Eva Pusztai-Fahidi und Kathleen Zahavi aus, zudem die Schwestern Ilona Kalman und Elaine Kalman Naves, deren Schwester mit weiteren Angehörigen in Auschwitz im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ ermordet wurde.

²⁰ LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 61.

²¹ Huth (Hrsg.), *Die letzten Zeugen, Der Auschwitz-Prozess von Lüneburg*, 2015, S. 15.

²² Huth (Fn. 21), S. 239.

die sich wegen ihrer Beteiligung an NS-Verbrechen vor Gericht zu verantworten hatten.²³

Nach 17 Sitzungstagen wurde Gröning entsprechend der Anklage wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Beihilfe begründete die Strafkammer damit, dass Gröning durch seine Dienstausbübung auf der „Rampe“ wie in der Häftlingsgeldverwaltung „das insgesamt auf Tötung von Menschen ausgerichtete System des Konzentrationslagers Birkenau („Auschwitz II“) fortlaufend unterstützte“.²⁴

Näher ausgeführt hat das Landgericht dies nur für die Tätigkeit Grönings im Rahmen des „Rampendienstes“: Der Angeklagte habe dadurch dazu beigetragen, Plünderungen des Gepäcks zu verhindern und damit die Arglosigkeit der Opfer aufrechtzuerhalten. Zugleich sei er dabei „Teil einer Drohkulisse [gewesen], die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht im Keim ersticken sollte.“²⁵

Die Begründung der subjektiven Voraussetzungen der Beihilfe waren kein Problem, da Gröning auch in der Hauptverhandlung Kenntnis hinsichtlich des Ablaufs der Tötungsvorgänge eingeräumt hatte – und damit auch hinsichtlich der Umstände, welche die Heimtücke und die Grausamkeit der Gaskammermorde begründeten.²⁶ Dabei war das Landgericht der Auffassung, die „Ungarn-Aktion“ habe sich für Gröning als eine Tat im Rechtssinne dargestellt: „Die gesamte Tätigkeit des Angeklagten war dadurch geprägt, dass sie eine Vielzahl von Morden förderte, ohne dabei auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet zu sein.“²⁷

3. Die Entscheidung des BGH

Der BGH hat das erstinstanzliche Urteil im Ergebnis bestätigt. Zur Begründung der Beihilfe des Angeklagten hat der 3. Strafsenat betont, dass die allgemeinen Grundsätze von Täterschaft und Teilnahme auch dann gälten, wenn „die strafrechtliche Bewertung von Handlungen in Rede steht, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisier-

ten Massenverbrechen vorgenommen werden“.²⁸ Zugleich dürften jedoch „die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben“.²⁹ Es sei zu prüfen, „ob die Handlungen des allenfalls als Tatgehilfe in Betracht kommenden Beteiligten die Tathandlung zumindest eines der an dem Mord täterschaftlich Mitwirkenden im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB gefördert haben.“³⁰

Diese abstrakten Überlegungen hat der BGH für Gröning in zwei Aspekten konkretisiert. Zum einen hat er im Einklang mit den Ausführungen des Landgerichts Lüneburg festgestellt, dass die vom Angeklagten eingeräumten Rampendienste als Beihilfe zu den jeweiligen Tötungsaktionen zu werten seien. Durch die Bewachung des Gepäcks habe er dazu beigetragen, die Arglosigkeit der Opfer aufrechtzuerhalten. Zugleich habe er als Teil der Drohkulisse daran mitgewirkt, jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht im Keim zu ersticken.³¹

Wichtiger für die Aufrechterhaltung des Schuldspruchs ist die zweite Begründungslinie des BGH: Voraussetzung der Durchführung der „Ungarn-Aktion“ sei „das Bestehen eines organisierten Tötungsapparates“ gewesen, „der auf der Basis seiner materiellen und personellen Ausstattung durch verwaltungstechnisch eingespielte Abläufe und quasi industriell ablaufende Mechanismen in der Lage war, in kürzester Zeit eine Vielzahl von Mordtaten umzusetzen“.³² Zu diesem Tötungsapparat habe insbesondere das in Auschwitz diensttue Personal gehört. Der Tatentschluss der Planer der „Ungarn-Aktion“ und ihre Anordnungen zur Umsetzung seien daher wesentlich durch das Bestehen des Tötungsapparates bedingt und hierdurch maßgeblich gefördert worden. Als Teil des personellen Apparates, der für die „Ungarn-Aktion“ bereit stand, habe Gröning „durch seine allgemeine Dienstausbübung“ an der Tatförderung Anteil gehabt.³³

Insoweit stellt der Beschluss darauf ab, dass es Gröning als SS-Angehörigen im Lager unabhängig von irgendwelchen konkreten „Rampendiensten“ „durchgehend oblag, die Deportierten zu überwachen sowie Widerstand oder Fluchtversuche mit Waffengewalt zu verhindern.“³⁴ Darüber hinaus sei er in die Verwertung der Vermögenswerte der Opfer eingebunden gewesen: „Dass diese Funktionen im Konzentrationslager Auschwitz von dort tätigen Angehörigen der SS ausgefüllt wurden, war den Verantwortlichen bei Anordnung der „Ungarn-Aktion“ bekannt und war für ihren Tatentschluss sowie ihre entsprechenden Anordnungen und Befehle von grundlegender Bedeutung.“³⁵

Im Ergebnis bestätigte der BGH daher den Schuldspruch des Schwurgerichts Lüneburg wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen, wenngleich er sich die kon-

²³ Vgl. dazu noch immer eindrücklich Fritz Bauer in der Fernsehendung „Heute Abend – Kellerklub“ des Hessischen Rundfunks, Erstausstrahlung am 8.12.1964, der mit Bezug auf das Verhalten der Angeklagten im großen Frankfurter Auschwitz-Prozess sagte: „Ein menschliches Wort, [...] seit dem Dezember 1963 warten die Staatsanwälte, dass einer der Angeklagten [...] ein menschliches Wort zu den Zeugen und Zeuginnen findet, die überlebten, nachdem ihre ganzen Familien ausgerottet sind. [...] Die Welt würde aufatmen, nicht bloß die Staatsanwälte. Die Luft würde gereinigt werden, wenn endlich einmal ein menschliches Wort fiele. Es ist nicht gefallen, und es wird auch nicht fallen.“

²⁴ LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56. Vgl. auch a.a.O., Rn. 10, 36.

²⁵ LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56.

²⁶ LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 56.

²⁷ LG Lüneburg, Urte. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 58.

²⁸ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

²⁹ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

³⁰ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

³¹ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 21.

³² BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 23.

³³ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

³⁴ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

³⁵ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

kurrenzrechtliche Beurteilung als eine Tat im Rechtssinn ausdrücklich nicht zu eigen machen wollte.³⁶ Schließlich betonte der 3. Strafsenat, dass seine Rechtsauffassung nicht im Widerspruch zur früheren Rechtsprechung des BGH stehe.³⁷

4. Nachspiel

Oskar Gröning bekannte sich im Strafverfahren zwar zu seiner moralischen Mitverantwortung für den in Auschwitz begangenen Massen- und Völkermord. Dass er an seinem Lebensende aber tatsächlich noch eine Haftstrafe hätte verbüßen sollen, hat er nicht akzeptieren können. Gröning hat daher versucht, die Vollstreckung der Strafe zu verhindern, nachdem der Schuldspruch mit der Entscheidung des BGH Rechtskraft erlangt hatte. Indes blieben seine juristischen Bemühungen, einen Aufschub der Vollstreckung gem. § 455 Abs. 3 StPO zu erreichen, ebenso wie eine gegen die abschlägigen Entscheidungen gerichtete Verfassungsbeschwerde erfolglos. Auch ein erstes Gnadengesuch an die Staatsanwaltschaft Lüneburg wurde abgelehnt. Vor der Entscheidung der niedersächsischen Justizministerin Havlitza über ein zweites Gnadengesuch verstarb Gröning am 9. März 2018 im Alter von 96 Jahren.

II. Die strafrechtsdogmatische Seite der Gröning-Entscheidung: Gesamttatbezogene Begründung der Beihilfe

1. Problemaufriss

Das strafrechtliche Sachproblem des Gröning-Verfahrens ist unschwer zu identifizieren: Es geht um die Bestimmung der Außengrenzen strafbarer Beteiligung, also um die Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten bei der Begehung einer Straftat durch mehrere Personen. Es gibt ein Geschehen, das durch eine Strafrechtsordnung als strafbare Tat einer oder mehrerer Personen identifiziert wird. Fraglich ist aber, ob weiteren Personen für diese Tat strafrechtliche Verantwortlichkeit zugerechnet werden kann.

Die Kategorie, derer sich das deutsche Strafrecht bedient, um die Außengrenze strafbarer Beteiligung zu bestimmen, ist die Beihilfe. Als Gehilfe gem. § 27 StGB (bzw. dem zur Tatzeit geltenden § 49 StGB a.F.) wird bestraft, wer die Tat zwar nicht selbst begeht, aber Hilfe zur Begehung der Tat durch einen anderen leistet. Die Anforderungen, welche die Rechtsprechung insoweit stellt, sind seit den frühen Zeiten des Reichsgerichts sehr niedrig: Grundsätzlich ist jede Handlung, welche die Begehung der Tat durch den Haupttäter vorsätzlich fördert oder erleichtert, Hilfeleistung im Sinne der Beihilfe.³⁸ Im Schrifttum wird sich bekanntlich zum Teil um restriktivere Begriffsbestimmungen bemüht, sei es über ein

Kausalitätserfordernis, sei es über ein Erfordernis der Risikoerhöhung.³⁹

In Fallkonstellationen wie der Strafsache Gröning ist die gedanklich vorrangige Frage aber, was überhaupt als teilnahmefähige Haupttat in den Blick genommen wird. Sie hat maßgeblichen Einfluss darauf, welches Verhalten sich als Hilfeleistung bewerten lässt. Bei einem Geschehen, an dessen Realisierung eine Vielzahl von Personen in organisiertem Zusammenwirken beteiligt ist, können zwei Idealtypen einer gedanklichen Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat unterschieden werden, nämlich einerseits eine einzeltatbezogene Rekonstruktion „bottom up“, andererseits eine gesamttatbezogene Rekonstruktion „top down“.

2. Die einzeltatbezogene Rekonstruktion des Tatbegriffs

Die Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat kann bei der jeweiligen Einzeltat ansetzen. Bei Erfolgsdelikten richtet sich der Blick damit auf das Geschehen, das unmittelbar den tatbestandlich umschriebenen Erfolg bewirkt. Für den Fall Gröning fokussiert die Betrachtung dann auf den einzelnen Vorgang der Ermordung von Deportierten in den Gaskammern von Auschwitz-Birkenau. Beihilfe dazu wäre die Förderung oder Erleichterung dieses Vorgangs.

Eine solche Rekonstruktion des Tatbegriffs begrenzt den Gegenstand der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Strafbarkeit begründet der Gehilfe in diesem Fall nur hinsichtlich des jeweiligen Tötungsgeschehens, zu dem er nachweislich Hilfe geleistet hat. Wer am 19. Juni 1944 an der Vergasung von Deportierten in Auschwitz-Birkenau als Gehilfe beteiligt war, dem kann deswegen noch nicht strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Ermordung von Deportierten eines Transports am Vor- oder Folgetag zugerechnet werden.

Zugleich begrenzt die einzeltatbezogene Betrachtung aber auch den Kreis der Handlungen, die als Beihilfe in Betracht kommen: Wenn gedanklicher Bezugspunkt der Hilfeleistung der einzelne Tötungsvorgang ist, ist zweifelhaft, ob jede Tätigkeit des Lagerpersonals von Auschwitz diesen Vorgang förderte. Im Falle Grönings liegt es dann nahe, seine buchhalterische Tätigkeit in der im Stammlager sitzenden Häftlingsgeldverwaltung anders zu bewerten als den Dienst auf der Rampe von Auschwitz-Birkenau.⁴⁰

a) Der „Rampendienst“

Hinsichtlich der Verrichtung des „Rampendienstes“ spricht alles dafür, sie als Hilfeleistung zu der anschließenden Ermordung derjenigen zu bewerten, die bei der Selektion zur sofortigen Vernichtung bestimmt wurden. Der BGH und zuvor schon die erstinstanzliche Entscheidung haben die wesentlichen Gesichtspunkte präzise benannt: Der einzelne uniformierte und bewaffnete Posten war Teil der Drohkulisse, die jeden Gedanken an Widerstand oder Flucht der Depor-

³⁶ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 29.

³⁷ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – StR 49/16, Rn. 26 ff.

³⁸ Vgl. bereits RGSt 58, 113 (114 f.); 71, 176 (178); 73 (53, 54 f.). Aus der Rechtsprechung des BGH z.B. BGHSt 2, 129, (130 f.); 46, 107 (109); 54 (140, 142 f.); NJW 2001, 2409, (2410); 2007, 384 (388 f.); 2012, 2293; NStZ 2004, 499 (500); 2008, 264; NStZ-RR 2009, 311.

³⁹ Vgl. dazu zusammenfassend z.B. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 27 Rn. 3, 5 f.

⁴⁰ Vgl. in diesem Sinne auch Grünwald, NJW 2017, 497 (498); Momsen, StV 2017, 546 (551).

tierten sinnlos erscheinen ließ und damit die Reibungslosigkeit der Abläufe an der Rampe bis zur Verbringung der zur sofortigen Ermordung bestimmten Personen zu den Gaskammern absicherte.⁴¹

Diese Förderungswirkung des „Rampendienstes“ war unabhängig davon, ob dem einzelnen Posten für den Fall eines regulären Ablaufs lediglich die Beaufsichtigung des Gepäcks der Deportierten aufgetragen war, wie es Gröning für sich geltend gemacht hat. Zum einen diente auch die Bewachung des Gepäcks der Aufrechterhaltung der Illusion, die Deportierten würden lediglich in das Lager aufgenommen und erhielten ihre Habseligkeiten zurück. Diese Illusion war für die reibungslose, rasche Durchführung der Gaskammermorde von entscheidender Bedeutung. Zum anderen hätte auch ein solcher Posten seine Waffe bei Bedarf, d.h. im Falle des Widerstands oder der Flucht, gegen die Deportierten eingesetzt. Anders formuliert: Jeder Posten des „Rampendienstes“ stand dort, damit sein Aufgabenfeld im Notfall kurzfristig auf die Ausübung von direkter Gewalt gegen die Deportierten erweitert werden konnte.

b) Die buchhalterische Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung

Weit weniger eindeutig ist dagegen, ob sich bei einer einzelatbezogenen Betrachtung die Entgegennahme und Verwahrung des Geldes und der Wertgegenstände der Deportierten als Hilfeleistung erfassen lässt. Der einzelne Vergasungsvorgang blieb von Grönings Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung unbeeinflusst. Wenn er die Gelder, die aus dem Besitz der Deportierten eines Transports stammten, entgegennahm, sortierte, verbuchte und schließlich nach Berlin brachte, waren die zur sofortigen Ermordung bestimmten Personen dieses Transports bereits tot.⁴²

Sein Tun erleichterte auch nicht die Durchführung der jeweils nachfolgenden Vergasungsaktionen. Plausibel ist dies für die Sonderkommandos von Häftlingen und die sie überwachenden SS-Angehörigen, denen es oblag, die Leichen der Ermordeten aus den Gaskammern zu tragen und in den Krematorien oder über offenen Gruben zu verbrennen; ebenso für jene Kommandos, welche die von den Deportierten an der Rampe zurückgelassenen Koffer und Taschen oder die in den Entkleidungsräumen der Gaskammern verbliebenen Kleidungsstücke der Ermordeten in das „Kanada“ genannte Effektenlager verbrachten. Denn diese Tätigkeiten waren (zumindest auch) notwendig, damit sodann der nächste Transport „abgefertigt“ werden konnte. Für diese Tätigkeiten lässt sich daher ganz mechanistisch formulieren: Solange die Leichen noch nicht beseitigt und die Rampe noch nicht von den Habseligkeiten der Deportierten des einen Zuges geräumt

⁴¹ Bedenken hat insoweit offenbar *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168). Sein Einwand, bewaffnet und uniformiert seien seinerzeit „weiß Gott viele“ gewesen, verwundert aber. Die Deportierten waren jedenfalls unbewaffnet; warum die bewaffnete Postenkette auf sie nicht als Drohkulisse gewirkt haben sollte, die jeden Widerstand unterband, ist nicht nachvollziehbar.

⁴² *Momsen*, StV 2017, 546, 549.

war, konnte der Ablauf nicht für die Deportierten des nächsten Transports wiederholt werden.

Für die Aufgaben, die Gröning in der Häftlingsgeldverwaltung wahrnahm, gilt aber anderes. Bei einem auf die einzelnen Tötungsvorgänge beschränkten Blick standen sie weder in einem funktionalen noch in einem intentionalen Zusammenhang mit der Ermordung der Deportierten in den Gaskammern. Die Erfassung des Bargelds, das in Gepäck und Kleidung der Deportierten aufgefunden wurde, förderte nicht die Ermordung dieser Personen. Ebenso wenig bildete die Aneignung der Habseligkeiten der Deportierten das Motiv für ihre Ermordung. So wichtig es ist, dass die historische Forschung in den letzten Jahrzehnten die wirtschaftliche Dimension des Völkermords an den europäischen Juden betont hat:⁴³ Es wäre eine banalisierende Fehldeutung der Shoa, wenn die Beraubung neben der rassenideologischen Vernichtungsabsicht als nahezu gleichrangiges Motiv für die Ermordung eingeordnet würde. Es ist daher unzutreffend, die Gaskammermorde als Tötungen „aus Habgier“ im Sinne von § 211 StGB zu bewerten.⁴⁴

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist zu betonen: Natürlich griffen die Ermordung und die Beraubung der Deportierten innerhalb des Gesamtkomplexes Auschwitz-Birkenau ineinander und waren miteinander verflochten. Eine konsequent am Einzelgeschehen orientierte Betrachtung ermöglicht aber die Trennung dieser beiden Funktionen und erlaubt die Zuordnung einzelner Tätigkeiten zu nur einer von beiden. Wenn die sog. „Dentisten“ den aus den Gaskammern geschleppten Leichen vor ihrer Verbrennung noch das Zahngold herausbrachen und andere Häftlinge des Sonderkommandos den ermordeten Frauen die Haare zur Weiterverwertung abschnitten,⁴⁵ so lag darin keine Förderung oder Unterstützung der einzelnen Vergasungsaktionen. Diese Tätigkeiten gehorchten für sich betrachtet allein der Funktionslogik der Beraubung. In der unmittelbaren Funktionslogik der Ermordung in den Gaskammern waren sie nicht förderlich, sondern kontraproduktiv: Das Herausbrechen des Zahngoldes und das Abscheren der Haare kostete Zeit und band Arbeitskräfte, die für die nächste „Transportabfertigung“ zunächst fehlten.

So verhält es sich auch mit Grönings Tun in der Häftlingsgeldverwaltung. Die Erfassung und Verbuchung der Geldwerte und ihre Verbringung nach Berlin erleichterte

⁴³ Vgl. dazu zusammenfassend z.B. *Wachsmann* (Fn. 5), S. 436 ff. Für die in der Geschichtswissenschaft freilich mehrheitlich abgelehnte Deutung des Genozids an den europäischen Juden „als der konsequenteste Massenraubmord der modernen Geschichte“ programmatisch *Aly*, Hitlers Volksstaat, 2005, S. 318.

⁴⁴ Vgl. dazu nur LG Lüneburg, Urt. v. 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13, Rn. 32. In diesem Sinne auch *Momsen*, StV 2017, 546 (550). Anders wohl *Roxin*, JR 2017, 88 (89), und im Anschluss an diesen *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168, Fn. 18), die davon sprechen, die Gaskammermorde seien als „Raubmorde“ einzustufen.

⁴⁵ Vgl. zu diesen Abläufen z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 82 f.; *Wachsmann* (Fn. 5), S. 366.

nicht die einzelnen Mordaktionen. Wird der Begriff der teilnahmefähigen Tat allein mit Blick auf das Einzelatgeschehen entwickelt, das jeweils den tatbestandlichen Erfolg unmittelbar herbeiführt, liegt in dieser Tätigkeit Grönings keine Beihilfe.⁴⁶

3. Die gesamtatbezogene Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat

Idealtypische Alternative zu einer einzeltatbezogenen Betrachtung ist eine gesamtatbezogene Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat. Ihr gedanklicher Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass es Taten gibt, deren sozialer Sinn verkannt wird, wenn die Betrachtung auf das den Erfolg unmittelbar herbeiführende Geschehen beschränkt bleibt. Dies ist der Fall, wenn ein umfassenderer Kontext das Ob und Wie der unmittelbaren Erfolgsherbeiführung so sehr prägt, dass das eigentlich Kennzeichnende der Tat verfehlt wird, wenn der Kontext außer Betracht bleibt. Die Rekonstruktion der Tat erweitert sich dann auf den individuellen und kollektiven Handlungszusammenhang, als dessen Bestandteil und Resultat sich das einzelne den tatbestandlichen Erfolg bedingende Geschehen darstellt.

Im Fall Oskar Grönings heißt das: Ausgangspunkt ist die Einsicht, dass der einzelne Vergasungsvorgang in Auschwitz-Birkenau Teil eines umfassenderen Zusammenhangs ist, der für das Ob und Wie der jeweiligen Vergasung so wichtig ist, dass er auch für die angemessene strafrechtliche Entschlüsselung nicht außer Betracht bleiben darf. Diesen umfassenderen Zusammenhang begründet der im „Eichmann-Referat“ des Reichssicherheitshauptamts gefasste Entschluss zur Durchführung der „Ungarn-Aktion“, d.h. der Entschluss, das Vernichtungsprogramm, das zuvor bereits für Juden aus anderen Teilen Europas unter deutschem Einfluss erprobt worden war, nach der Besetzung des Landes durch deutsche Truppen am 19. März 1944 auch auf die Juden in Ungarn zu erstrecken.

Dieses Vernichtungsprogramm umfasste auch im Falle der „Ungarn-Aktion“ im Wesentlichen vier Elemente: Die Deportation der zuvor bereits in Gettos oder Sammellagern zusammengetriebenen Juden nach Auschwitz, die sofortige Ermordung von ca. drei Vierteln aller Deportierten eines Transports, die „Vernichtung durch Arbeit“ der als „arbeitsfähig“ eingestuften Deportierten und die Beraubung aller Deportierten um ihre Wertgegenstände bis zur Verwertung ihres Zahngolds und ihrer Haare. Als Gesamttat schloss die „Ungarn-Aktion“ zahllose Einzeltaten ein, die sich ihrerseits den vier genannten Elementen zuordnen lassen. Der eigentliche Sinn der Einzeltaten lag aber darin, dass sie Teil der auf die physische Vernichtung der ungarischen Juden gerichteten Gesamttat waren.

Bei einer gesamtatorientierten Betrachtung lässt sich argumentieren, dass jede Tätigkeit, die ein Angehöriger des Lagerpersonals im Rahmen seiner Dienstausbübung in Auschwitz-Birkenau im Zeitraum der „Ungarn-Aktion“ erbracht hat, diese Aktion förderte, zu ihr Beihilfe leistete.

Auschwitz-Birkenau war das Instrument, welches das „Eichmann-Referat“ im Reichssicherheitshauptamt in Absprache mit Himmler und den für den Betrieb des Lagers zuständigen Stellen zur Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in allen genannten Facetten bestimmt hatte: Hier kamen die Deportationszüge an, hier wurden die als „nicht arbeitsfähig“ eingestuften Deportierten in den Gaskammern ermordet, hier wurden die „Arbeitsfähigen“ zu ihrer weiteren Verwendung bestimmt und damit in das System der „Vernichtung durch Arbeit“ eingespeist, hier wurden sie alle ihrer gesamten Wertgegenstände beraubt.⁴⁷ Damit Auschwitz-Birkenau als Instrument der Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in allen ihren Facetten funktionieren konnte, bedurfte es einer ausdifferenzierten Arbeitsteilung und zugleich eines reibungslosen Ineinandergreifens aller Abläufe im Lager. Jeder, der in Auschwitz-Birkenau seinen Dienst verrichtete, sicherte dieses Ineinandergreifen und damit die grauenhafte Effizienz der Tötungsmaschinerie, indem er die ihm zugewiesenen Aufgaben erledigte, was immer sie auch im Detail beinhalteten. Damit förderte jede Dienstausbübung die Begehung der Gesamttat und zugleich alle im Rahmen des Lagerbetriebs plangemäß begangenen Einzeltaten.

Auf der Grundlage einer gesamtatorientierten Rekonstruktion des Begriffs der teilnahmefähigen Tat gelangt man daher zu dem Ergebnis, dass jeder Angehörige des Lagerpersonals im Rahmen seiner Dienstausbübung einerseits den Lagerbetrieb als Ganzes unterstützte und damit die Gesamttat, zu deren Begehung das Lager das zentrale Instrument war, und andererseits an den im Lagerbetrieb funktionsentsprechend realisierten Einzeltaten mitwirkte und sie förderte.

4. Die Schwächen einer ausschließlich einzeltatbezogenen Betrachtung

Die vorangehenden Ausführungen zeigen bereits die beiden wesentlichen Schwachpunkte einer ausschließlich einzeltatbezogenen Betrachtung: In phänomenologischer Hinsicht führt sie zu einer verzerrten Wahrnehmung, indem sie das Charakteristische des Mordgeschehens in Auschwitz-Birkenau aus dem Auge verliert, nämlich die Verbrechensbegehung im Rahmen eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhangs.

Darüber hinaus führt die einzeltatbezogene Betrachtung im Zusammenspiel mit dem Zweifelsgrundsatz zu einer unangemessenen Privilegierung kollektiver Verbrechensbegehung, indem sie Anforderungen für den Nachweis einer Beihilfe stellt, die im Regelfall nicht erfüllbar sind.

a) Phänomenologische Defizite

Die einzeltatbezogene Betrachtung entwirft für die Frage der Begründung von Beihilfe ein Bild von der Tat, welches das Charakteristische des Geschehens in einem Fall wie den Gaskammernmorden in Auschwitz-Birkenau verfehlt. Indem sie sich darauf konzentriert, genau zu erfassen, wer in welcher Weise an einem bestimmten Vergasungsvorgang mitgewirkt hat, isoliert die einzeltatbezogene Betrachtung das

⁴⁶ Ähnlich *Momsen*, StV 2017, 546 (551); *Safferling*, JZ 2017, 258 (261).

⁴⁷ *Wachsmann* (Fn. 5), S. 369 ff., 528 ff.

einzelne Tötungsgeschehen von dem Gesamttatzusammenhang, in dem es steht. Sie kann zwar beschreiben, wie der spezifische Vergasungsvorgang ablief; für das Verständnis des Geschehens ist diese Perspektive aber nachrangig gegenüber der Tatsache, dass dieser Einzelvorgang Teil einer viel umfassenderen Mordaktion war und in einem arbeitsteilig organisierten systemischen Handlungszusammenhang begann wurde. Mit diesem sperrigen Begriff ist hier gemeint, dass der Einzelne im Zusammenhang mit einer Vielzahl weiterer Personen in einem institutionell oder durch eine andere Form der Organisationsstruktur verfestigten Zusammenhang handelt. Entscheidend ist dabei, dass sich in diesen Handlungszusammenhängen eine wiederkehrende Routine einstellen kann, in der fortlaufend erbrachte Tätigkeiten selbst dann nicht mehr den Charakter des Alltäglichen für den Handelnden verlieren, wenn sie in der Mitwirkung an der Begehung von Verbrechen bestehen.

Erfolgt die Verbrechensbegehung in einem derart arbeitsteilig organisierten systemischen Handlungszusammenhang, ist die Fokussierung auf das einzelne erfolgsverursachende Geschehen unangemessen. Dies wird offenbar, wenn man fragt, ob Gröning als Angehöriger des Lagerpersonals die Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ in Auschwitz-Birkenau in anderer Weise wirksamer hätte fördern können, als er dies durch sein Verhalten tatsächlich tat. Die nüchterne Antwort auf diese Frage lautet: Nein! Insbesondere hätte er dies nicht getan, wenn er den unmittelbaren Tötungsvorgang durch eigenes Verhalten direkt unterstützt hätte. Wäre Gröning z.B. bei Ankunft eines Deportationszuges aus der Häftlingsgeldverwaltung im Stammlager an die „Rampe“ von Birkenau gelaufen und hätte begonnen, Juden zu töten, hätte er damit die routinehaften Abläufe bis zur Ermordung in den Gaskammern gestört und die Umsetzung der Gesamttat nur behindert. Selbst wenn er sich an der „Rampe“ wieder in die regulären Arbeitsabläufe eingepasst hätte, wäre er dort lediglich überflüssig gewesen, hätte aber in der Häftlingsgeldverwaltung für den reibungslosen Ablauf der Gesamttat gefehlt.

Die Ermordung von mehr als 300.000 Menschen und die Versklavung von noch einmal mehr als 130.000 Menschen während eines militärisch bereits verlorenen Krieges in nicht einmal zwei Monaten war nur möglich, weil es in Auschwitz-Birkenau eine ausdifferenzierte Arbeitsteilung gab und nicht bei jedem ankommenden Deportationszug neu entschieden werden musste, welche Aufgabe der einzelne Angehörige des Lagerpersonals übernimmt. Die „Todesfabrik“ Auschwitz hätte nicht funktioniert, wenn alle Angehörigen des Lagerpersonals selbst beim Tötungsvorgang hätten Hand anlegen wollen. Ein Massenmord dieser Dimensionen konnte vielmehr nur gelingen, weil die Personen, die im Stammlager und in Birkenau in verschiedenen Bereichen tätig waren, ihre jeweiligen Tätigkeiten bruchlos ineinandergreifen ließen. Anders formuliert: Für die reibungslose Durchführung der Gaskammermorde in Auschwitz-Birkenau leistete Gröning die optimale Unterstützung genau dadurch, dass er die ihm zugewiesene Tätigkeit zuverlässig und befehlsgemäß verrichtete.

Die einzeltatbezogene Betrachtung spaltet dagegen die Tötungsmaschinerie von Auschwitz-Birkenau in ihre Bestandteile auf. Die richtige Erkenntnis, dass es dort unterschiedliche Tätigkeitsbereiche gab, lässt das Lager, das bei der Realisierung der „Ungarn-Aktion“ als einheitliches Instrument funktionierte, in Teilbereiche und Einzeltätigkeiten mit separater Funktionslogik zerfallen, obwohl diese Teilbereiche und Einzeltätigkeiten für die Durchführung der „Ungarn-Aktion“ tatsächlich stets Bestandteil eines Gesamtkomplexes blieben. Die Tätigkeit in der Häftlingsgeldverwaltung ist nur noch Teil der Beraubung der Deportierten, obwohl es diese Beraubung allein als Bestandteil der „Ungarn-Aktion“ gab, die auf die physische Vernichtung der nach Auschwitz Deportierten ausgerichtet war. In ähnlicher Weise zerfällt die Tätigkeit der in Auschwitz tätigen SS-Ärzte bei einer einzeltatorientierten Betrachtung in die Vornahme von Selektionen an der „Rampe“ und die ärztliche Überwachung des Vergasungsvorgangs einerseits sowie die Überwachung des Herausbrechens des Zahngoldes der Ermordeten andererseits; in die Vornahme von medizinischen Experimenten an Häftlingen, die Mitwirkung an Zwangsabtreibungen und Zwangssterilisationen bei inhaftierten Frauen, die Feststellung des Todes von im Lager exekutierten Häftlingen, die truppenärztliche Behandlung des Lagerpersonals und ihrer Angehörigen und die lagerärztliche Behandlung von KZ-Insassen, die ihrerseits wiederum unterschieden werden kann in die Behandlung zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit und die Untersuchung und Freigabe zur Tötung, wenn eine solche Wiederherstellung nicht in absehbarer Zeit zu erwarten stand usw. Die Tätigkeit der Angehörigen der Politischen Abteilung, der sog. Lager-Gestapo, zerfällt in die Mitwirkung an der Befragung von KZ-Häftlingen im Rahmen der geheimpolizeilichen Ermittlungstätigkeit im Lager und die Mitwirkung an sogenannten „verschärften Verhören“, also der Folter von Lagerinsassen, in die Mitwirkung an der Inhaftierung von KZ-Häftlingen in regulären „Bunkerzellen“ und die Mitwirkung an der Inhaftierung in Steh-, Dunkel- oder Hungerzellen, in die Mitwirkung an standgerichtlich angeordneten Hinrichtungen und die Mitwirkung an den selbst nach NS-Recht illegalen „Bunkerentleerungen“, in die Mitwirkung an den „Transportabfertigungen“ der Deportationszüge oder die Mitwirkung an „Sonderaktionen“, z.B. an der Vergasung sowjetischer Kriegsgefangener, an der Liquidation des sogenannten „Zigeunerlagers“⁴⁸ oder des sogenannten „Theresienstädter Familienlagers“⁴⁹.

Alle diese Differenzierungen haben ihre (begrenzte) Richtigkeit. Sie weisen darauf hin, dass es innerhalb des Gesamtsystems Einsatzbereiche und Aufgaben gab, die näher an dem einen oder dem anderen Mordgeschehen waren als andere; sie zeigen, dass manche Tätigkeiten nicht unmittelbar der Funktionslogik der sofortigen physischen Vernichtung gehorchten, sondern der Funktionslogik der „Vernichtung durch Arbeit“, der Funktionslogik der Bereitstellung von „Menschenmaterial“ für medizinische Experimente oder der Funktionslogik der Beraubung der Deportierten usw.

⁴⁸ Siehe z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 88.

⁴⁹ Vgl. dazu z.B. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 86.

Diese Unterscheidungen ändern aber nichts daran, dass alle Aufgaben, die das Lagerpersonal wahrnahm, der Aufrechterhaltung des Lagerbetriebs dienten und dass der Betrieb des Lagers Auschwitz-Birkenau insgesamt primär die fabrikmäßige Ermordung von Menschen in den Gaskammern beinhaltete und sekundär die Ermordung von Menschen durch ein Regime aus schwerster Zwangsarbeit und Misshandlung bei gleichzeitiger extremer Mangelversorgung, die „Vernichtung durch Arbeit“. Jeder Angehörige des Lagerpersonals, der zwischen Mitte Mai und Mitte Juli 1944 am Morgen seinen Dienst im Lager aufnahm, wusste, dass der Lagerbetrieb am Abend mehrere Tausend neue Tote produziert haben würde.

Die Differenzierung individueller Tätigkeiten und Einsatzbereiche innerhalb des Lagers kann daher zwar aufschlussreich sein für eine nähere Beschreibung, *wie* der Einzelne zum Funktionieren von Auschwitz-Birkenau als Instrument der „Ungarn-Aktion“ beitrug; sie kann auch für den Umfang seiner Mitwirkung und damit die graduelle Bestimmung seiner Verantwortlichkeit für die Gesamttat oder für bestimmte Einzeltaten relevant sein. Die nähere Beschreibung der individuellen Tätigkeiten und Einsatzbereiche darf aber nicht den Blick darauf verdecken, *dass* jeder Angehörige des Lagerpersonals am Funktionieren von Auschwitz-Birkenau als Mordmaschinerie insgesamt und damit an sämtlichen in diesem Rahmen programmgemäß ausgeführten Einzeltaten mitwirkte.⁵⁰

Diese Überlegungen lassen sich verallgemeinern: In einem arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhang, der auf die Bewirkung einer Gesamttat ausgerichtet ist, fördert der Einzelne die Begehung der Gesamttat und damit auch die Begehung aller von dieser umfassten Einzeltaten dadurch, dass er genau das tut, was er befehlsgemäß tun soll. Indem die einzeltatorientierte Betrachtung nach der Förderungswirkung des individuellen Verhaltens für den einzelnen erfolgsverursachenden Vorgang fragt, verkennt sie diese Charakteristik eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Vorgehens. Die erhöhte Effektivität einer solchen Begehungsweise beruht gerade darauf, dass der in einem solchen Zusammenhang Handelnde nicht mehr an jedem Einzelvorgang zur Erreichung der Ziele der Gesamttat mitwirken muss oder in der konkreten Situation selbst entscheiden muss, wie er die Gesamttat fördern kann. Im Umkehrschluss lassen diese Überlegungen erkennbar werden, dass tatsächlich jede Tätigkeit im Rahmen einer zur Erreichung der Gesamttat festgelegten Arbeitsteilung die Gesamttat und die der Gesamttat entsprechenden Einzeltaten fördert. Die einzeltatbezogene Betrachtung vernachlässigt diesen systemischen Zusammenhang. Sie sieht im sprichwörtlichen Sinne den Wald vor lauter Bäumen nicht.

b) Beweisrechtliche Konsequenzen

Die handfesten Konsequenzen einer allein auf die Einzeltat fokussierenden Betrachtung zeigen sich, wenn auch die beweisrechtliche Dimension dieses materiell-rechtlichen Ansatzes mitbedacht wird. Das Zerfallen des organisierten kollektiven Handlungszusammenhangs „Auschwitz“ in ein-

zelne Tätigkeitsbereiche und Vorgänge führt dazu, dass auch der Nachweis der Tatförderung bezogen auf Einzeltaten zu erfolgen hat. Dadurch steigen die praktischen Hürden für den Nachweis einer Beihilfe erheblich. Es reicht nicht mehr, jenseits eines vernünftigen Zweifels festzustellen, dass ein Angeklagter als Angehöriger des Lagerpersonals in einem bestimmten Zeitraum in Auschwitz tätig war, um die Beihilfe an den ebenda in diesem Zeitraum programmgemäß verübten Einzeltaten feststellen zu können. Auch der darüber hinausgehende Nachweis, dass eine Person in einem bestimmten Zeitraum in einer bestimmten Funktion im Lager tätig war, etwa als Angehöriger der Lager-Gestapo, als Angehöriger der Wachmannschaften der SS-Totenkopfsturmbanns, als Sanitätsdienstgrad, als Zahnarzt usw., sowie der Nachweis, dass diese Personengruppe während dieses Zeitraums an der Begehung bestimmter Arten von Einzeltaten (etwa: die „Abfertigung“ einer bestimmten Anzahl von Deportationszügen, eine bestimmte Anzahl von „Bunkerentleerungen“, eine bestimmte Anzahl von Tötungen arbeitsunfähiger Häftlinge durch Phenolinjektion im Krankenbau usw.) beteiligt war, reicht bei einer konsequent einzeltatorientierten Betrachtung nicht, um strafbare Beihilfe feststellen zu können. Es muss zusätzlich nachgewiesen werden, an welcher Einzeltat gerade dieser Angeklagte beteiligt war, ob also beispielsweise ein bestimmter Angehöriger der Lager-Gestapo tatsächlich an der Abfertigung eines bestimmten Deportationszuges mitgewirkt hat, wenn nicht ausgeschlossen ist, dass er zu diesem Zeitpunkt in einem anderen Bereich des Lagers Aufgaben der Lager-Gestapo verrichtete.

Damit läuft eine konsequent einzeltatbezogene Rekonstruktion des Tatbegriffs darauf hinaus, den Nachweis der strafbaren Beteiligung bei einem Geschehen wie den Gaskammernmorden in Auschwitz-Birkenau und die in allen anderen Bereichen des Lagers begangenen Verbrechen nahezu unmöglich zu machen.⁵¹ Denn zum einen überlebte praktisch kein Zeuge, der nicht auf Seiten der Täter stand, die jeweilige Einzeltat; zum anderen generierte die kollektive Organisation der Verbrechensbegehung auch für die Überlebenden Tatumstände, in denen die Identifikation einzelner Täter und ihre Zuordnung zu Einzeltaten eine geradezu unmenschliche Aufgabe darstellt: Wie soll der zur Zwangsarbeit Selektierte die an der Selektion beteiligten Personen zweifelsfrei wiedererkennen, wenn er ihnen zumeist nur in diesem einen Moment begegnet, in dem er völlig entkräftet von dem tagelangen Transport, gemeinsam mit Hunderten anderer Personen von seinen nächsten Familienangehörigen getrennt wird und sich Tätern gegenüber sieht, die in einer fremden Sprache Befehle erteilen und einheitlich uniformiert sind? In einem solchen Begehungskontext macht die einzeltatorientierte Betrachtung die Strafverfolgung weitestgehend von geständigen Einlassungen der Angeklagten selbst und der Belastung durch andere Angehörige des Lagerpersonals abhängig.

Der Fall Gröning zeigt dies eindrücklich: Bei einer ausschließlich einzeltatbezogenen Begründung der Beihilfe hätte Gröning nicht wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 tateinheitlichen Fällen verurteilt werden können. Begründbar wäre

⁵⁰ Ebenso schon *Bauer*, JZ 1967, 625 (627).

⁵¹ Ebenso *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

unter Berücksichtigung der drei von Gröning eingeräumten Rampendienste nur der Schuldspruch für eine (dreifache) Beihilfe zum Mord in drei Fällen von jeweils 1.000 tateinheitlichen Fällen⁵² gewesen. Hätte Gröning überhaupt keine näheren Angaben zu seiner Tätigkeit in Auschwitz gemacht – so wie beispielsweise Demjanjuk zu seiner Zeit in Sobibór –, hätten ihm auch diese Rampendienste nicht nachgewiesen werden können. Gröning hätte dann schon aus diesem Grund⁵³ freigesprochen werden müssen.

Damit belohnt eine ausschließlich einzeltatbezogene Begründung der Beihilfe im Ergebnis die Begehung von Verbrechen in arbeitsteilig organisierten kollektiven Handlungszusammenhängen, insbesondere in hierarchischen Strukturen. In gerechtigkeits-theoretischer Hinsicht ist das ein inakzeptables Ergebnis, weil das Handeln in solchen Zusammenhängen den an der Straftatbegehung Beteiligten bereits zum Tatzeitpunkt erhebliche Vorteile bietet:

Es erlaubt eine Verwirklichung von Unrecht in einem Umfang, der weder Einzelpersonen möglich ist noch Personenzusammenschlüssen, die einen geringeren Grad an Organisation und Stabilisierung aufweisen. Zugleich erleichtert die Zerlegung der Gesamttat in Einzelschritte, die von unterschiedlichen Personen und Personengruppen ausgeführt werden, die Neutralisierung des Geschehens für den einzelnen Beteiligten, indem die einzelne Tätigkeit jeweils lediglich als für sich betrachtet untergeordneter Schritt in einer langen Kette routinemäßig erledigter Arbeitsschritte erscheint.⁵⁴ Für die Opfer lässt die arbeitsteilig organisierte, systemische Begehungsweise demgegenüber den Widerstand gegen die Unrechtsbegehung als aussichtslos erscheinen. Schließlich erschwert diese Begehungsweise die Erkennbarkeit einzelner Verantwortungsbeiträge durch Außenstehende erheblich.

Gerechtigkeits-theoretisch ist es daher angemessen, die Vorteile, die eine arbeitsteilig-systemische Organisation des Handelns in der Tatsituation für die Realisierung von Handlungszielen aufweist, im Rahmen der normativen Zuweisung von Verantwortlichkeit durch die Rechtsgemeinschaft zu kompensieren. Auf eine Kurzformel gebracht: Es ist angemessen, denjenigen, der als Einzelperson entscheidet, in einem organisierten kollektiven Handlungszusammenhang zu handeln, in gewissem Umfang für das verantwortlich zu machen, was im Rahmen dieses Handlungszusammenhangs plangemäß bewirkt wird.⁵⁵

⁵² Diese Zahl entspricht einer Mindestschätzung der während der „Ungarn-Aktion“ im Rahmen einer „Transportabfertigung“ sofort in den Gaskammern ermordeten Personen.

⁵³ Die Einlassungen Grönings ermöglichten auch den problemlosen Nachweis seines Vorsatzes hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Mordmerkmale Heimtücke und Grausamkeit.

⁵⁴ Vgl. in diesem Sinne schon *Bauer*, in: *Schneider/Meyer* (Hrsg.), *Rechtliche und politische Aspekte der NS-Verbrecherprozesse*, 1968, S. 16, 24; *Jäger*, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1982, S. 313 ff.

⁵⁵ In diesem Sinne bereits *Bauer*, *JZ* 1967, 625 (627).

5. Vereinbarkeit einer gesamtatbezogenen Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat mit § 27 Abs. 1 StGB

Eine ausschließlich einzeltatbezogene Betrachtung überzeugt demnach nicht, wenn Straftaten im Rahmen eines arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhangs begangen werden. Lässt das deutsche Strafrecht, speziell die gesetzliche Regelung des § 27 StGB, aber überhaupt die Berücksichtigung der Gesamttat bei der Rekonstruktion der teilnahmefähigen Haupttat zu?

§ 27 StGB spricht von der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen. Weil Alleintäterschaft der gedankliche Ausgangspunkt ist, der die Systembildung des deutschen Strafrechts prägt und daher auch der Formulierung der meisten Tatbestände zugrunde liegt, ist damit zunächst die Einzeltat gemeint. „Einen anderen Menschen tötet“ im ersten Zugriff, wer die unmittelbar den Tod eines anderen Menschen bewirkende Handlung vornimmt. Für die Beihilfe zu § 211 StGB ist die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen mithin die Vornahme der unmittelbar zur Herbeiführung des Todes geeigneten Handlung bei gleichzeitiger Verwirklichung eines oder mehrerer Mordmerkmale. Wird dies für die Gaskammermorde in Auschwitz-Birkenau konkretisiert, ist die teilnahmefähige Haupttat jedenfalls das Verhalten der Personen, die das Zyklon B in die Gaskammern einfüllten, weil damit unmittelbar die grausame und heimtückische Tötung der Opfer bewirkt wurde.⁵⁶

Indes erlaubt das deutsche Strafrecht sehr wohl die Berücksichtigung gesamtatorientierter Gesichtspunkte.⁵⁷ Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, zu der Beihilfe geleistet werden kann, kann schließlich nicht nur die Handlung des unmittelbaren Begehungstäters sein, sondern auch das Verhalten von Mittätern und mittelbaren Tätern, von Anstiftern und Gehilfen. Im Fall Gröning rückt die Gesamttat besonders dann in den Blick, wenn als vorsätzliche rechtswidrige Tat das Tun derjenigen betrachtet wird, die im Reichssicherheitshauptamt die Befehle und Anordnungen zur Durchführung der „Ungarn-Aktion“ trafen. Seit 1994 erfasst die deutsche Rechtsprechung das Verhalten dieser Personen als mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im Rahmen staatlicher Machtapparate.⁵⁸ Die Anordnung der „Ungarn-Aktion“ begründet demnach die mittelbare Täterschaft der Entscheidungsträger im Reichssicherheitshauptamt und in der politi-

⁵⁶ In den beiden größten Krematorien II und III wurde das tödliche Gas vom Dach aus in vier vermeintliche, von Metallgittern umschlossene Stützpfiler eingefüllt, in dem alten Krematorium sowie den Krematorien IV und V durch fenstergroße, durch Metallplatten verschließbare Öffnungen in den Seitenwänden, vgl. *Steinbacher* (Fn. 6), S. 80 f.

⁵⁷ Für die Mittäterschaft hat diesen Gedanken insbesondere *Friedrich Dencker* ausgearbeitet, vgl. zusammenfassend *Dencker*, *Kausalität und Gesamttat*, 1998, S. 229 ff.

⁵⁸ Vgl. insbesondere BGHSt 40, 218, sowie BGHSt 42, 65; 45, 270. Auch zuvor stellte das Verhalten freilich eine teilnahmefähige vorsätzliche rechtswidrige Tat dar, sei es als (Mit-)Täterschaft im Sinne der animus-Theorie, sei es als Anstiftung.

schen Führung hinsichtlich aller Verbrechen, die in der Ausführung dieser Anordnungen begangen wurden.⁵⁹

Demnach meint „einen Menschen tötet“ im Sinne von §§ 211, 212 StGB im deutschen Strafrecht nicht nur, „eine Handlung vornimmt, die unmittelbar geeignet ist, den Tod eines anderen Menschen herbeizuführen“. „Einen Menschen tötet“ kann vielmehr auch heißen, „die Tötung anordnet und zugleich derart Kontrolle über einen hierarchischen Machtapparat ausübt, dass die Befolgung der Anordnungen durch Untergebene innerhalb des Machtapparats gewährleistet ist“. Es ist dann nur konsequent, auch im Rahmen der Beihilfe „Hilfeleisten zur Tötung eines Menschen durch einen anderen“ gem. §§ 211, 212, 27 StGB nicht nur so zu verstehen, dass damit „Hilfeleisten zur Vornahme der unmittelbar den Tötungserfolg bewirkenden Handlung einer oder mehrerer anderer Personen“ gemeint ist, sondern auch „Hilfeleisten zum Funktionieren des hierarchischen Machtapparates, durch den die mittelbaren Täter die Tötungen bewirken“. Dadurch wird im Rahmen von § 27 StGB lediglich nachvollzogen, was bei § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bereits zu der weithin anerkannten Erweiterung des Begriffs der „Begehung der Straftat durch einen anderen“ geführt hat. Anders formuliert: Die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe ist die Kehrseite der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates. Beide Rechtsfiguren wurzeln in der Berücksichtigung der nämlichen Einsichten über das Funktionieren des Handelns in arbeitsteiligen, hierarchisch organisierten Strukturen.

Diese Erkenntnis findet sich in der Revisionsentscheidung des BGH wieder, wenn der *Senat* festhält, dass Gröning durch die allgemeine Dienstausbübung in Auschwitz „den Führungspersonen in Staat und SS Hilfe leistete, die im Frühjahr 1944 die ‚Ungarn-Aktion‘ anordneten und in der Folge in leitender Funktion umsetzten bzw. umsetzen ließen“.⁶⁰

Zwar hat der BGH zugleich betont, dass bei der strafrechtlichen Bewertung von Handlungen im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen die allgemeinen Grundsätze gälten.⁶¹ Er hat daher auch vermieden, von gesamtatbezogener Begründung der Beihilfe zu sprechen. Dies ändert aber nichts daran, dass der BGH in der Sache für die Begründung der Beihilfe nicht mehr auf die Hilfeleistung zur unmittelbaren Erfolgsherbeiführung fokussierte, sondern den Blick auf das Handeln der Hintermänner erweiterte.

Überraschend ist lediglich, wie der BGH sodann im Einzelnen begründet, dass Gröning durch seine Dienstausbübung zu der Tat der Hintermänner Hilfe geleistet habe. Die Hilfeleistung soll nämlich darin gelegen haben, dass die Hintermänner zu dem Zeitpunkt, als sie die „Ungarn-Aktion“ anordneten, wussten, dass ihnen in Auschwitz-Birkenau eine „industrielle Tötungsmaschine“ mit willigen und gehorsamen Untergebenen zur Verfügung stand“.⁶² Das hieße für Gröning, dass er nicht durch seine Dienstausbübung während und im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ i.S.v. § 27 Abs. 1

StGB Hilfe geleistet hätte, sondern durch seine Dienstausbübung zuvor. Entsprechend führt der *Senat* in der Entscheidung zu Gröning aus: „Er war Teil des personellen Apparats, der schon zum Zeitpunkt des Befehls zur ‚Ungarn-Aktion‘ in Auschwitz Dienst tat.“⁶³

Der BGH konstruiert Grönings Dienstausbübung also als Beitrag zu einer durch „den personellen Apparat“ von Auschwitz erbrachten psychischen Beihilfe, die darin liegt, dass das Lagerpersonal von Auschwitz zum Zeitpunkt der Entscheidung über die „Ungarn-Aktion“ bereitstand und in der Vergangenheit bereits Fähigkeit und Willen zur Umsetzung von Befehlen zum Massenmord unter Beweis gestellt hatte.

Diese Konstruktion führte dazu, dass Gröning selbst dann wegen Beihilfe zu den im Rahmen der „Ungarn-Aktion“ ausgeführten Massenmorden Hilfe geleistet hätte, wenn er am 15. Mai 1944, noch vor Ankunft des ersten Zugs mit Deportierten aus Ungarn, von Auschwitz an die Ostfront versetzt worden wäre, weil zu diesem Zeitpunkt der Entschluss zur „Ungarn-Aktion“ bereits gefasst worden war. Und umgekehrt wäre nach Ansicht des BGH ein SS-Angehöriger, der seinen Dienst in Auschwitz-Birkenau erst am 16. Mai 1944 angetreten hätte, nicht kraft seiner allgemeinen Dienstausbübung während der „Ungarn-Aktion“ wegen Beihilfe zu den in diesem Rahmen verübten Massenmorden strafbar, weil seine Dienstausbübung jedenfalls keine psychische Hilfeleistung für das Beschließen der Ungarn-Aktion sein konnte.

Es muss an dieser Stelle dahinstehen, ob die durch vergangenes Tun unter Beweis gestellte Bereitschaft zur Durchführung von Befehlen, welche die Ermordung von zahllosen Menschen beinhalten, als psychische Beihilfe zur Anordnung der Ermordung bewertet werden kann. Eine angemessene Antwort setzte eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Figur der psychischen Beihilfe voraus, die hier nicht geleistet werden kann. Jedenfalls aber wird eine solche psychische Beihilfe dadurch überholt, dass der Gehilfe an der Umsetzung der Anordnungen tatsächlich mitwirkt. Wenn Gröning bereits – wie der BGH meint – dadurch Hilfe zur Anordnung der „Ungarn-Aktion“ leistete, dass er seinen allgemeinen Dienst in Auschwitz in der Vergangenheit befehlsgemäß ausführte, so muss seine befehlsgemäße Dienstausbübung in Auschwitz während der Durchführung der „Ungarn-Aktion“ erst recht als Hilfeleistung eingestuft werden. Denn die Beihilfestrafbarkeit für die (konkludente) Zusage einer Tätigkeit kann nicht weiter greifen, als die Beihilfestrafbarkeit für das tatsächliche Erbringen eben dieser Tätigkeit.

6. Einwände

Die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Auf diese Einwände ist im Folgenden kurz einzugehen.

⁵⁹ So auch BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

⁶⁰ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 22.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19.

⁶² BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 23.

⁶³ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 24.

a) Das *argumentum ad absurdum* des 2. Strafsenats in der Revisionsentscheidung zum großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren

Den bis heute wohl einflussreichsten Einwand hat der BGH selbst formuliert, und zwar bereits vor 50 Jahren in der Revisionsentscheidung des 2. Strafsenats im großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren. Er machte damals geltend, die gesamt-tatbezogene Begründung der Beihilfe sei deswegen fehlerhaft, weil sie dazu führe, „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 Ansicht [...] würde bedeuten, dass auch ein Handeln, dass⁶⁴ 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 straf-frei.“⁶⁵

Dieses Argument hat der 4. Strafsenat auch in der Gröning-Entscheidung aufgegriffen, ohne klarzustellen, ob er es für richtig oder falsch hält.⁶⁶ Vielmehr hat er ausgeführt, dass die Annahme einer Beihilfestrafbarkeit Grönings für seine Dienstausbübung in der Häftlingsgeldverwaltung diesem Einwand jedenfalls nicht widerspreche. In der Literatur haben sich *Claus Roxin* und *Christian Fahl* das Argument des 2. Strafsenats ausdrücklich zu Eigen gemacht. *Roxin* meint, es bedürfe für die Annahme einer Beihilfe über die Dienstausbübung in Auschwitz hinaus jedenfalls noch des Nachweises, dass die dienstliche Tätigkeit einen „deliktischen Sinnbezug“ aufgewiesen habe.⁶⁷ In eine ähnliche Richtung weisen die Ausführungen *Fahls*, der meint, erforderlich sei für die Begründung von Beihilfe, dass die Dienstausbübung in Auschwitz überdies als Solidarisierung mit den dort begangenen Verbrechen erscheinen müsse. Dieser Nachweis sei aber beispielsweise durch die Zugehörigkeit zu der in Auschwitz tätigen Sanitätsstaffel noch nicht erbracht, weil sich nicht mit dem verbrecherischen Tun eines anderen solidarisiere, wer „möglicherweise nichts anderes getan hat, als den SS-Wachmannschaften ein Pflaster zu kleben“.⁶⁸

Der Einwand ist jedoch verfehlt. Er entwirft ein verharmlosendes Zerrbild von der Tätigkeit des Lagerpersonals in Auschwitz und will aus wirklichkeitsfremden Szenarien strafrechtsdogmatische Konsequenzen ableiten. Den Arzt, dessen Tätigkeit sich in Auschwitz darin erschöpfte, Häftlingskranke zu behandeln und sie zu retten, wie es der 2. Strafsenat vor

50 Jahren formulierte, hat es nicht gegeben. Vielmehr waren in Auschwitz sämtliche Ärzte, auch die Zahnärzte, regelmäßig zur Selektion an der Rampe eingeteilt. Zudem entschieden sie, welche Häftlinge im Krankenbau „abgespritzt“ wurden, d.h. wer getötet wurde, weil nicht zu erwarten war, dass seine Arbeitsfähigkeit in kurzer Frist wiederhergestellt werden würde. Schließlich gehörte zu den Routineaufgaben der Lagerärzte, Totenscheine auszustellen, die verharmlosende Todesursachen für die im Lagerbetrieb gestorbenen Häftlinge angaben.

Ebenso wenig gab es Sanitätsdienstgrade, die „nichts anderes getan haben, als den SS-Wachmannschaften ein Pflaster zu kleben“. Vielmehr handelte es sich um SS-Angehörige, zu deren Aufgabe im Krankenbau die routinemäßige Ermordung der zum „Abspritzen“ ausgesonderten kranken Häftlinge durch Phenolinjektion ins Herz ebenso gehörte wie die Mitarbeit an der Verschleierung des tausendfachen Mordes im Lagerbetrieb durch die Ausstellung unrichtiger Totenscheine.⁶⁹

Wo einzelne Angehörige des Lagerpersonals in konkreten Situationen Häftlinge davor bewahrt haben, unmittelbar ermordet zu werden, oder generell dafür bekannt waren, „freundlich“ mit den Häftlingen umgegangen zu sein, ändert dies nichts daran, dass ihre pflichtgemäße Dienstausbübung dennoch dazu beitrug, die Mordmaschinerie in Gang zu halten.⁷⁰ Die Formulierung des 2. Strafsenats, „[n]icht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straffrei“, ist eine Verkehrung der rechtlichen Aussage, die mit der gesamt-tatbezogenen Begründung der Beihilfe tatsächlich getroffen wird. Natürlich wird auch in diesem Fall niemand dafür bestraft, dass er dem Mordprogramm Hindernisse bereitet hat. Die Begründung der Strafbarkeit knüpft in einem solchen Fall vielmehr an die befehls-gemäße Dienstausbübung im Übrigen an, die das Mordprogramm eben gerade förderte.

⁶⁹ Eindrückliche Feststellungen in LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (666 ff.).

⁷⁰ Historische Prüfsteine sind insoweit die Fälle der SS-Ärzte Hans Münch und Franz Lucas. Münch, „der gute Mensch von Auschwitz“, wurde als einziger Angeklagter im Krakauer Auschwitzprozess freigesprochen, weil sich verschiedene Auschwitz-Überlebende für ihn verwendeten. Auch über Lucas, der sich im ersten Frankfurter Auschwitzprozess verantworten musste, äußerten sich überlebende Häftlinge positiv. Vgl. zu Münch z.B. *Kramer*, in: Brumlik/Meinl/Renz (Hrsg.), *Rassistisches Recht im 20. Jahrhundert*, 2005, S. 209 ff.; zu Lucas etwa *Stegemann*, Ein stiller Mann aus Osnabrück, taz v. 4.1.2005, online abrufbar unter: <https://www.taz.de/!655387/> (2.1.2019).

Selbst wenn sich Münch und Lucas in Auschwitz aber im Vergleich zu vielen ihrer Kollegen im direkten Kontakt zu den Häftlingen als weniger sadistisch und menschenverachtend zeigten, ändert dies nichts daran, dass sie durch ihre Tätigkeit ein menschenverachtendes, mörderisches System unterstützten.

⁶⁴ Schreibfehler im Original.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838 (882, *Hervorhebungen* im Original).

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 28.

⁶⁷ *Roxin*, JR 2017, 88 (89).

⁶⁸ *Fahl*, HRRS 2017, 167 (168).

Es ist nur dann plausibel, für die Begründung einer Beihilfestrafbarmkeit über den Nachweis einer Zugehörigkeit zum SS-Lagerpersonal und der Dienstausbübung in Auschwitz hinaus zusätzlich noch einen „deliktischen Sinnbezug“ oder eine „Solidarisierung“ zu verlangen, wenn man glaubt, dies sei noch nicht hinreichend verbürgt durch die üblichen Tätigkeiten, die Angehörige des Lagerpersonals im Rahmen ihrer jeweiligen Dienstpflichten wahrnahmen. Wie das angesichts der Erkenntnisse über die Organisation des Massenmordes und das Funktionieren des Lagerbetriebs begründet werden soll, bleibt unverständlich. Es ist unangemessen und auch unter dem Gesichtspunkt der Unschuldsvormutung nicht geboten, den fiktiven Fall eines Angehörigen des Lagerpersonals zu entwerfen, dessen Tätigkeit sich ausschließlich in unrechtsneutralem Tun erschöpft hätte, und unter Voraussetzung dieses wirklichkeitsfremden Falles dann grundsätzlich den praktisch nur selten zu führenden Nachweis konkreter Tätigkeiten jedes SS-Angehörigen in Auschwitz zu verlangen.

b) JCE II und Organisationsdelikte?

Carsten Momsen hat in seiner Besprechung der Entscheidung zu bedenken gegeben, dass die Bewertung der Tätigkeit Grönings in der Häftlingsgeldverwaltung als Beihilfe die Grenzen der Beihilfestrafbarmkeit auflöse und sich jedenfalls „bei einer unkritischen Übertragung auf anders gelagerte Sachverhalte als hochproblematisch“ erweise.⁷¹ Die Erwägungen des BGH erinnerten an die völkerstrafrechtliche Zurechnungsfigur der Beteiligung an einem verbrecherischen Unternehmen (participation in a joint criminal enterprise) in seiner zweiten Form (kurz: JCE II).⁷² Diese Zurechnungsfigur laufe aber auf eine zu weitgehende Ablösung des Gehilfenbeitrags von der Haupttat und eine zu weitgehende Verlagerung der objektiven Zurechnung in den subjektiven Bereich hinaus. Damit bestehe die Gefahr einer weitreichenden Vorverlagerung der Strafbarkeit und einer Ausdehnung der Beihilfe „weit in den Bereich der Schaffung eines Umfelds, in welchem konkrete Delikte erst möglich werden“. Stattdessen sieht er im deutschen Strafrecht für Fallkonstellationen wie Grönings Tätigkeit die Organisationsdelikte als der Sache nach einschlägig.⁷³ Im konkreten Fall hätten sie freilich keine Anwendung finden können, weil es die passenden Tatbestände zur Tatzeit noch nicht gegeben habe und diese Vorwürfe zudem verjährt gewesen seien.

aa) Die Parallele zu JCE II

Momsen ist zunächst darin zuzustimmen, dass die gesamt-tatbezogene Begründung von Beihilfestrafbarmkeit, wie sie der BGH in der Grönung-Entscheidung vorgenommen hat, weitgehende Parallelen zum völkerstrafrechtlichen JCE II auf-

weist.⁷⁴ Diese Zurechnungsfigur hat vor allem in der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs Relevanz erlangt und findet spezifische Anwendung auf die so genannten concentration camp cases.⁷⁵ Das gemeinsame verbrecherische Unternehmen bestehe in derartigen Fällen in der Aufrechterhaltung eines Systems von Misshandlungen (running a system of ill-treatment) in einem Gefangenenlager. Für die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit reicht es aus, dass der einzelne Beteiligte mit dem entsprechenden Vorsatz einen Beitrag erbringt, der geeignet ist, den bestehenden Lagerbetrieb aufrecht zu erhalten.⁷⁶ Ihm werden dann die im Betrieb des Lagers routinemäßig verübten Verbrechen (Misshandlungen, Folter, Tötungen, Vergewaltigungen etc.) zugerechnet, ohne dass es noch eines Nachweises seiner Beteiligung an den Einzeltaten bedarf.

Die Ähnlichkeit mit der völkerstrafrechtlichen Zurechnungsfigur JCE II ist für sich betrachtet jedoch keineswegs geeignet, Zweifel an der gesamt-tatbezogenen Begründung der Beihilfestrafbarmkeit von Grönung zu wecken. Im Gegenteil: Zunächst einmal spricht der rechtsvergleichende Befund, dass das Völkerstrafrecht eine analoge Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit kennt, für die Angemessenheit dieser Lösung. Immerhin kann das Völkerstrafrecht ebenso wie das deutsche Strafrecht als ein Strafrechtssystem mit hohen rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Standards gelten. Zwar ist richtig, dass gerade gegen die Zurechnungsfigur des JCE in der völkerstrafrechtlichen Literatur Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip geltend gemacht werden.⁷⁷ Diese betreffen aber vor allem die dritte, erweiterte Form des JCE, nicht JCE II.⁷⁸ Überdies ist insoweit auf einen wesentlichen Unterschied zwischen der gesamt-tatbezogenen Beihilfestrafbarmkeit und JCE II hinzuweisen: Die völkerstrafrechtliche Rechtsprechung versteht JCE II als eine Unterform der Begehung (commission) und damit als eine Form der Hauptverantwortlichkeit (primary responsibility).⁷⁹ Beteiligte, deren Strafbarkeit mittels JCE begründet wird, werden daher regelmäßig härter bestraft als solche Beteiligte, deren Strafbarkeit in Form der Unterstützung

⁷⁴ Vgl. zusammenfassend zu JCE z.B. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 30 ff.; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008, S. 313 ff.; *Werle/Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 552 ff. m.w.N.

⁷⁵ Vgl. aus der Rechtsprechung des Jugoslawien-Strafgerichtshofs insbesondere JStGH (Trial Chamber), Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1 (Kvočka, Kos, Radić, Žigić, Prcać), Rn. 268 ff.

⁷⁶ JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 15.7.1999 – IT-94-1, (Tadić), Rn. 202; JStGH (Trial Chamber) Urt. v. 2.11.2001 – IT-98-30/1 (Kvočka, Kos, Radić, Žigić, Prcać), Rn. 182.

⁷⁷ Vgl. nur *Werle/Jeßberger* (Fn. 74), Rn. 560 m.w.N.

⁷⁸ Treffend *Ambos* (Fn. 74), § 7 Rn. 32.

⁷⁹ Vgl. z.B. JStGH (Appeals Chamber), Beschluss v. 21.5.2003 – IT-99-37 (Milutinović, Sanović, Ojdanić), Rn. 20, 31; JStGH (Appeals Chamber), Urt. v. 25.2.2004 – IT-98-32 (Vasiljević), Rn. 95; RStGH (Appeals Chamber), IT-01-64, Urt. v. 7.7.2006 (Gacumbitsi), Rn. 158.

⁷¹ *Momsen*, StV 2017, 54 (551).

⁷² *Momsen*, StV 2017, 54 (551).

⁷³ *Momsen*, StV 2017, 54 (551). Ebenso *Grünwald*, NJW 2017, 498 (501).

(aiding and abetting) begründet wird.⁸⁰ Ob die Vorbehalte gegen JCE II in gleichem Maße tragfähig wären, wenn es sich dabei um eine nachrangige Beteiligungsform wie die Beihilfe des deutschen Strafrechts handelte, die auch in der Strafzumessung privilegiert ist, erscheint zweifelhaft.

Die Bedenken, die *Momsen* inhaltlich in diesem Zusammenhang im Übrigen äußert, können jedenfalls nicht überzeugen. Soweit er geltend macht, die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe laufe auf eine zu weitgehende Ablösung des Gehilfenbeitrags von der Haupttat hinaus, ist dem entgegenzuhalten, dass dies nur solange zutreffend ist, wie als Haupttat allein die unmittelbare Erfolgsherbeiführung betrachtet wird. Das aber ist, wie zuvor gezeigt, weder handlungstheoretisch überzeugend, noch verpflichtet das deutsche Strafrecht zu einer solchen Verengung der Perspektive.

Die behauptete Vorverlagerung der Strafbarkeit ist vielmehr nicht erkennbar, sofern die Hilfeleistung in der befehlsgemäßen Dienstausbübung im Zeitraum der Umsetzung der „Ungarn-Aktion“ gesehen wird. Es geht dann bei dem zurechnungsbegründenden Verhalten nicht „um die Schaffung eines Umfeldes, in welchem konkrete Delikte erst möglich werden“, sondern – wie oben ausgeführt – darum, dass der einzelne Beteiligte durch seine Dienstausbübung dazu beiträgt, routinemäßige Abläufe aufrechtzuerhalten, die in eben diesem Zeitraum die massenhafte Verbrechensbegehung ermöglichen.

Zutreffend ist lediglich, dass die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe im Vergleich zu einer ausschließlich einzelatbezogenen Konzeption zu einer Absenkung der objektiven Voraussetzungen für die Hilfeleistung führt, weil dem Gehilfen nicht mehr ein Beitrag nachgewiesen werden muss, der die unmittelbare Erfolgsherbeiführung bzw. die unmittelbare Vornahme des tatbestandlichen Verhaltens im Rahmen einer konkreten Einzelat fördert. Diese Absenkung ist aber – auch das wurde zuvor begründet – angemessen, weil sie lediglich die Vorteile kompensiert, die den Beteiligten durch die arbeitsteilig organisierte, systemische Begehungsweise bei der Straftatbegehung zugutegekommen sind.

bb) Einschlägigkeit der Organisationsdelikte?

Sofern darauf verwiesen wird, dass sich jedenfalls heute die allgemeine Dienstausbübung Grönings in Auschwitz im Rahmen der Organisationsdelikte gem. §§ 129 ff. StGB strafrechtlich ahnden ließe, ist dies zwar zutreffend. Die SS wäre als Vereinigung einzustufen, deren Tätigkeit darauf ausgerichtet ist, Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zu begehen. Ab dem Zeitpunkt, zu dem Gröning Kenntnis hinsichtlich dieser Tätigkeit der SS erlangte, hätte sich daher seine Strafbarkeit gem. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB begründen lassen, wäre dieser Tatbestand auf Taten dieser Zeit anwendbar.

Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Tätigkeit im Rahmen einer solchen Vereinigung zudem die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Beteiligung an der Begehung von einzelnen der kriminellen Zweckbestimmung oder Tätigkeit

entsprechenden Verbrechen begründen kann.⁸¹ Es bedarf auch keiner näheren Erläuterung, dass zumindest der expressive Gehalt der Strafbarkeit sich in diesem Fall signifikant von der bloßen Strafbarkeit als Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung unterscheidet.

Der Anwendungsbereich der gesamtatbezogenen Begründung der Beihilfe und der Organisationsdelikte ist aber keinesfalls kongruent. Wesentlich für die Begründung der Beihilfe im Falle Grönings ist, wie das Handeln der Hintermänner als teilnahmefähige Haupttat konstruiert wird. Dabei ist nicht einmal ausschlaggebend, ob insoweit die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate herangezogen wird oder – wie in der früheren Rechtsprechung – das Verhalten als (Mit-)Täterschaft kraft Täterwillens oder Anstiftung eingeordnet wird. Entscheidend ist, dass die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Hintermänner gedanklich daran anknüpft, dass die Hintermänner die Tat über das Funktionieren einer von ihnen gesteuerten hierarchischen Struktur begangen bzw. die unmittelbaren Begehungstäter mittels dieser Struktur zur Tatbegehung bestimmt haben. Immer dann ist es nämlich dogmatisch bruchlos möglich, die befehlsgemäße Dienstausbübung im Rahmen dieser Struktur als eine Hilfeleistung zur Begehung der Taten zu erfassen, die aus diesem strukturellen Handlungszusammenhang programmgemäß generiert werden.

Damit ist zugleich angedeutet, dass Organisationsdelikte ihrerseits Anwendung auf Fallkonstellationen finden können, in denen eine gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe nicht in Betracht kommt. Kriminelle Banden oder Terrorgruppen mögen hinsichtlich ihres Organisationsgrads zwar die Voraussetzungen des § 129 Abs. 2 StGB erfüllen. Nur selten verfügen sie aber über eine institutionelle Festigung und Struktur, die ein Handeln über Machtapparate ermöglicht, in denen die Tätigkeiten der einzelnen Beteiligten routinemäßig zusammenwirken. Nur dann aber kommt die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe wie im Falle Grönings in Betracht. Wo die Rollenverteilung und die konkret vorzunehmenden Tätigkeiten für jede Einzelat erneut festgelegt und entsprechend durch bewusste Entschlüsse der Beteiligten zum Tätigwerden begleitet werden müssen, hat die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe keinen Platz, ebenso wenig wie die korrespondierende Form der mittelbaren Täterschaft. Die gesamtatbezogene Begründung von Beihilfe-strafbarkeit passt daher auch nicht für Taten, wie sie in vergangenen Jahrzehnten etwa von Mitgliedern der „Roten Armee Fraktion“, der „Brigate Rosse“ oder ähnlicher Gruppen, in jüngerer Vergangenheit z.B. durch den sog. „Nationalsozialistischen Untergrund“ verübt worden sind. Wenngleich diese terroristischen Gruppen die Ermordung von Personen als ein wiederkehrendes und durchaus kennzeichnendes Mit-

⁸⁰ Vgl. dazu im Detail *Burghardt* (Fn. 74), S. 388 ff.

⁸¹ Zum Problem des Strafklageverbrauchs, wenn die Tätigkeiten im Rahmen der kriminellen oder terroristischen Organisation zunächst unter dem Gesichtspunkt der Mitgliedschaft berücksichtigt und in einem nachfolgenden Verfahren als Beihilfe zu konkreten Taten berücksichtigt werden sollen, vgl. jüngst OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2018 – 2 StE 6/18-9.

tel ihres „Kampfes“ verstanden, so gab es doch keinen Alltag der arbeitsteilig organisierten Ermordung, Entführung oder Folter von Menschen. Ob für die Tätigkeit als Mitglied des radikalislamistischen IS etwas anderes gilt, ist abhängig von dem jeweils betrachteten Tätigkeitsbereich.⁸² Die gesamtatbezogene Beihilfe kommt erst in den Fällen zur Anwendung, wo die Verbrechensbegehung in institutionalisierten Strukturen, etwa dem Betrieb eines Foltergefängnisses, zu einer Routine wird, die den alltäglichen Modus der Dienstverrichtung nicht mehr durchbricht und deren Details idealtypisch nur noch durch Dienstpläne bestimmt werden. Nur dann aber ist es angemessen, jede Tätigkeit im Rahmen des Handlungszusammenhangs als Beihilfe zu den in diesem Zusammenhang begangenen Einzeltaten zu bewerten.

III. Die zeitgeschichtliche Seite der Gröning-Entscheidung: Auseinandersetzung mit der „zweiten Schuld“

Es greift zu kurz, die Entscheidung des BGH allein in strafrechtlicher Hinsicht zu bewerten. In dem Verfahren gegen Oskar Gröning ging es nicht ausschließlich und nicht einmal in erster Linie um die strafrechtliche Schuld des Angeklagten oder die dogmatische Begründung seiner Strafbarkeit. Ebenso wie auch in den anderen Strafverfahren, die in den letzten Jahren gegen noch lebende Mitwirkende an NS-Verbrechen geführt worden sind, wurde in der Strafsache Oskar Gröning verhandelt, was *Ralph Giordano* einst eindrücklich als die „zweite Schuld“ bezeichnet hat.⁸³ Der Strafjustiz bot sich in jenen Verfahren die Gelegenheit, zu den Defiziten Stellung zu nehmen, die die Auseinandersetzung mit der NS-Vergangenheit in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik kennzeichneten. Dass es hier erhebliche Versäumnisse gegeben hat, darüber besteht heute breiter Konsens. Die bundesdeutsche Strafjustiz und nicht zuletzt auch der BGH haben hierzu ihren Teil beigetragen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich dazu die folgenden Stichpunkte nennen:

1. Die sog. „Gehilfenrechtsprechung“

Der BGH hat die sog. „Gehilfenrechtsprechung“ mitgeprägt.⁸⁴ Der Begriff nimmt darauf Bezug, dass die meisten Personen, die in der Bundesrepublik für die Beteiligung an den NS-Verbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurden, als Gehilfen im Sinne des § 49 StGB a.F. eingeordnet wurden. Erklärt wird dieses Ergebnis zumeist damit, dass die Rechtsprechung die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Allgemeinen nach der sog. subjektiven Theorie getroffen habe. Unabhängig von dem materiell-objektiven

Gewicht des eigenen Tatbeitrags war danach als Gehilfe einzustufen, wem kein Täterwillen nachgewiesen werden konnte.⁸⁵ In den Verfahren zu den NS-Verbrechen verneinten die Tatgerichte einen Täterwillen regelmäßig bei solchen Angeklagten, die unwiderlegbar geltend machen konnten, in ihrem eigenen Handeln innerhalb der ihnen gegebenen Befehle und Anordnungen geblieben zu sein. Nur wer bei der Tatausführung besonderen Eifer gezeigt hatte, wer seine Befehle überschritt oder ohne Befehl handelte, war selbst Täter, und auch dies nicht in allen Fällen.⁸⁶ Nachdem der BGH diese Rechtsprechung in den 1950er Jahren zunächst noch in zahlreichen Fällen korrigiert hatte,⁸⁷ haben etwa ab 1960 insbesondere

⁸⁵ Vgl. z.B. BGHSt 2, 150 (156); 2, 169 (170); 4, 20 (21); 6, 226 (228); 6, 248 (249); 8, 70 (73); BGH, Urt. v. 8.3.1955 – 5 StR 74/55; BGH NJW 1961, 1781. Siehe aber auch BGH NJW 1951, 120; 1956, 475.

⁸⁶ Vgl. z.B. LG Wiesbaden, Urt. v. 1.2.1951 – 3 Ks 1/51 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 265, 169 (177); LG Weiden, Urt. v. 14.11.1955 – Ks 1/55 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 422a, 407 (412); LG Ulm, Urt. v. 29.8.1958 – Ks 2/57 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XV, Lfd. Nr. 465a, 11 (240); LG Münster, Urt. v. 29.11.1960 – 6 Ks 2/60 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 268b, 3 (41); LG Düsseldorf, Urt. v. 16.5.1961 – 8 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 542b, 689 (700); LG Aurich, Urt. v. 29.5.1961 – 17 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 511a, 3 (421, 468 ff.); LG München I, Urt. v. 21.7.1961 – 22 Ks 1/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 519, 661 (705); LG Hannover, Urt. v. 29.11.1962 – 2 Ks 1/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 544a, 729 (755); LG Koblenz, Urt. v. 21.5.1963 – 9 Ks 2/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 552, 165 (293); LG Kiel, Urt. v. 8.4.1964 – 2 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 567a, 777 (803); LG Braunschweig, Urt. v. 20.4.1964 – 2 Ks 1/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 570a, 27 (84); LG München I, Urt. v. 21.1.1965 – 110 Ks 3/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 585a, 629 (642); LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 = 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (447 f., 462, 525, 544, 553 f., 595 f., 613 ff., 627 f., 651 ff., 716, 725 f.); LG Düsseldorf, Urt. v. 3.9.1965 – 8 I Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 596a, 177; LG Detmold, Urt. v. 22.12.1965 – 2 Ks 1/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 604, 449 (483 ff.); LG Wuppertal, Urt. v. 30.12.1965 – 12 Ks 1/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 606a, 503 (521). Zu abweichenden tatgerichtlichen Entscheidungen siehe z.B. *Greve* (Fn. 84), S. 148 m.w.N.

⁸⁷ Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 268b, 240 (243); BGH, Urt. v. 8.11.1956 – 4 StR 359/56 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIV, Lfd. Nr. 446c, 226 (230 f.); BGH, Urt. v. 22.1.1957 – 1 StR 321/56 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 427b, 566 (573 f.); BGH, Urt. v. 14.3.1957 – 4 StR 44/57 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIV, Lfd.

⁸² Vgl. zu einer Fallkonstellation, die zumindest in die Nähe des Anwendungsbereichs einer gesamtatbezogenen Beihilfe kommt, zuletzt OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2018 – 2 StE 6/18-9.

⁸³ *Giordano*, Die zweite Schuld oder Von der Last Deutscher zu sein, 1987.

⁸⁴ Vgl. dazu ausführlich *Greve*, Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, 2001, S. 147 ff.; zusammenfassend z.B. *Werle*, NJW 1992, 2529 (2533).

der 1. und 2. Strafsenat die Einstufung auch hochrangiger Angeklagter als Gehilfen vielfach bestätigt.⁸⁸ Mit der Stachinski-Entscheidung hat der BGH in dieser Zeit überdies ein Schlüsselsignal für eine breitflächige Anwendung der „Gehilfenrechtsprechung“ in den Verfahren wegen NS-Verbrechen gesetzt.⁸⁹

Die „Gehilfenrechtsprechung“ hatte zur Folge, dass auch die Strafaussprüche gegen diese Angeklagten unangemessen gering ausfielen.⁹⁰ Langjährige oder gar lebenslange Freiheitsstrafen blieben selbst für Täter, die maßgeblich an der Ermordung von Tausenden von Menschen mitgewirkt hatten, die Ausnahme.

2. Die Rechtsprechung zum Rechtsbeugungsvorsatz

Mit seiner Rechtsprechung zu den subjektiven Anforderungen der Rechtsbeugung hat der BGH direkt die weitgehende Strafflosigkeit der Richter bewirkt, die sich an der justiziellen Bekämpfung von sog. „Volksfeinden“ und „Volksschädlingen“ in der NS-Zeit beteiligten.⁹¹ Treffend sprach Fritz Bauer

Nr. 438b, 26 (27 ff.); BGH, Urt. v. 7.10.1960 – 4 StR 242/60 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVI, Lfd. Nr. 486c, 235, (243 f.). Bereits in dieser Zeit aber im Sinne der „Gehilfenrechtsprechung“ z.B. BGH, Urt. v. 13.2.1951 – 4 StR 32/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 281b, 446 (447); NJW 1954, 1374 (1375).

⁸⁸ Vgl. z.B. BGH, Beschl. v. 21.12.1961 – 1 StR 508/61; BGH, Urt. v. 28.5.1963 – 1 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 526b, 127 (130); BGH, Urt. v. 22.1.1963 – 1 StR 457/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 551c, 152 (154); BGH, Urt. v. 20.5.1963 – 2 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXXIII, Lfd. Nr. 716c, 86 (90 ff.); BGH, Urt. v. 24.7.1963 = 2 StR 188/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 558c, 591; BGH, Urt. v. 10.12.1963 = 5 StR 432/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 549b, 90 (91); BGH, Urt. v. 25.11.1964 = 2 StR 71/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 594c, 345 (355); BGH, Urt. v. 26.10.1965 – 1 StR 106/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 580, 500 (503). Gegenläufig z.B. BGH, Urt. v. 22.5.1962 – 5 StR 4/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVII, Lfd. Nr. 511b, 491 (493); BGH, Urt. v. 9.4.1963 – 5 StR 22/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 540b, 646 (647); BGH, Urt. v. 1.7.1966 – 4 StR 1/66 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 588b, 808 (814).

⁸⁹ BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87.

⁹⁰ Vgl. in diesem Sinne bereits die Entschließung der Mitglieder der Königsteiner Klausurtagung von 1966, abgedruckt in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1967, C 8 f. Bemerkenswert auch LG Memmingen, Urt. v. 23.12.1983 – 1 Ks 115 Js 5640/76 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XLV, Lfd. Nr. 887, 775 (791 f.).

⁹¹ BGHSt 10, 294 (298 ff.); NJW 1968, 1339. Vgl. dazu z.B. Friedrich, Freispruch für die Nazi-Justiz, 1983, S. 463, 487; Gribbohm, NJW 1988, 2842 (2847); Gritschneider, NJW

davon, dass diese Rechtsprechung einen „ständischen Schutzwall“ errichtet habe.⁹² Sie machte es praktisch unmöglich, Angehörige der NS-Justiz strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen für die Unrechtsurteile, an denen sie mitgewirkt hatten.

3. Die Rechtsprechung zum Verbotsirrtum, zum Putativnotstand und zu § 47 Militär-StGB

In seiner berühmten Entscheidung zum Verbotsirrtum entschied der Große Senat des BGH in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Unbeachtlichkeit des strafrechtlichen Rechtsirrtums, dass der unverschuldete Irrtum über die Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens die Strafbarkeit ausschließe, der verschuldete Verbotsirrtum immerhin eine Strafmilderung nach § 44 Abs. 2, Abs. 3 StGB a.F. rechtfertigen könne.⁹³ Damit wies er einer tatgerichtlichen Rechtsprechung den Weg, die insbesondere in Verfahren gegen Beteiligte an den sog. „Euthanasie“-Programmen zum Ausschluss der Schuld und damit zur Strafflosigkeit wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums führte, in anderen Fällen immerhin zur Strafmilderung.⁹⁴ In anderen Verfahren billigten die Tatgerichte den Angeklagten zu, in einem entschuldigenden Notstand oder doch in einem schuldausschließenden Irrtum über das Vorliegen der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands gem. § 52 StGB a.F. gehandelt zu haben.⁹⁵ Ob die Berufung auf ein (subjektives) Vorliegen entschuldigender Nötigungsumstände nicht ohnehin ausschied, weil die Angeklagten diese Umstände durch ihren freiwilligen Eintritt und ihre jahrelange Karriere in SS, Gestapo oder ähnliche Einheiten selbst zurechenbar herbeigeführt hatten, hat die Rechtsprechung in diesen Fällen jedoch allenfalls oberflächlich untersucht.⁹⁶ Schließlich haben die tatinstanzlichen Gerichte § 47 Militär-StGB in zahlreichen Fällen sehr großzügig angewendet, insbesondere im Zusammenhang mit der Erschießung von sog. „fremdvölkischen“ Zwangsarbeitern durch Polizeieinheiten.⁹⁷ Wenngleich der BGH diesen

1996, 1239; Spendel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984, S. 10 ff. sowie BGHSt 41, 317 (339 f.).

⁹² Vgl. Bauer, in: Hammerschmidt (Hrsg.), Zwanzig Jahre danach, Eine deutsche Bilanz 1945-1965, 1965, S. 301 (306).

⁹³ BGHSt 2, 194 (209).

⁹⁴ Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 21.2.1962 – 2 StR 640/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XVIII, Lfd. Nr. 542, 712 (713 f.); LG Göttingen, Urt. v. 2.12.1953 – 6 Ks 1/53 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XI, Lfd. Nr. 381, 735 (758 ff.); LG München I, Urt. v. 12.3.1965 – 112 Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XX, Lfd. Nr. 587, 695 (712 ff.).

⁹⁵ Vgl. z.B. LG Freiburg, Urt. v. 12.7.1963 – I AK 1/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555a, 413 (463 ff.); LG Hagen, Urt. v. 20.12.1966 – 11 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXV, Lfd. Nr. 642a, 54 (228 ff.).

⁹⁶ Vgl. nur die wenig überzeugenden Ausführungen in BGH, Urt. v. 14.1.1964 – 1 StR 498/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555b, 470 (471 f.).

⁹⁷ Vgl. z.B. LG Regensburg, Urt. v. 27.7.1955 – Ks 5/53 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, Lfd. Nr. 418, 253 (258 ff.); LG München I, Urt. v. 22.1.1964 – 111 Ks 2/63 = Justiz

Ansätzen zu einer weitflächigen Exkulpation Beschuldigter mehrfach entgegengetreten ist,⁹⁸ finden sich auch in seiner Rechtsprechung schmerzhaft Fälle einer Bestätigung der Straflosigkeit.⁹⁹

4. Die Rechtsprechung zur Verjährungsfrage

Der BGH hat durch eine Entscheidung des 5. Strafsenats die sog. „Amnestie durch die Hintertür“¹⁰⁰ abgesegnet. Gemeint ist mit diesem Stichwort der rückwirkende Eintritt der Verjährung zum 8. Mai 1960 für die Beihilfe zum Mord in den Fällen, in denen Motiv oder Absicht, insbesondere ein Handeln aus niedrigen Beweggründen wie Rassenhass, die Haupttat zu einem Mord gem. § 211 StGB qualifizierten, ohne dass dem Gehilfen nachgewiesen werden konnte, dass er diese subjektiven Mordmerkmale in eigener Person erfüllt hatte. Die Verjährung der entsprechenden Fälle ließ sich gesetzlich auf die Änderung von § 50 StGB a.F. durch Art. I Abs. 6 Einführungsgesetz zum OWiG v. 24. Mai 1968 zurückführen.¹⁰¹ Der 5. Strafsenat entschied dazu im Verfahren gegen Hermann Heinrich, dass sich die Verjährungsfrist für die Beihilfe zum Mord nicht nach der Strafandrohung für die Haupttat bestimme, sondern nach der Strafandrohung für die Hilfeleistung, und dass die niedrigen Beweggründe als besondere persönliche Merkmale dem geänderten § 50 StGB a.F. unterfielen.¹⁰²

und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 563a, 689 (698). Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei *Ducklau*, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, 1976, S. 109, 133 f.

⁹⁸ Vgl. z.B. BGH, NJW 1953, 112; BGH, Urt. v. 15.6.1962 – 2 StR 531/61 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 546b, 839, 841 ff.

⁹⁹ Vgl. etwa BGHSt 5, 239 (244); BGH, Urt. v. 5.5.1954 – 626/53, Rn. 18 = BGHSt 6, 120 (122); BGH, Urt. v. 28.5.1963 – 1 StR 540/62 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXXIII, Lfd. Nr. 716c, 86, 91; BGH, Urt. v. 14.1.1964 – 1 StR 498/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 555b, 470, 471 f.; BGH, Urt. v. 28.7.1964 – 1 StR 215/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIX, Lfd. Nr. 563b, 700, (701); BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (869 ff.).

¹⁰⁰ Vgl. z.B. *Friedrich*, Die kalte Amnestie, 1994, S. 434 ff.; *Müller*, Furchtbare Juristen, 1987, S. 249; *Werle/Wandres*, Auschwitz vor Gericht, 1996, S. 25.

¹⁰¹ Vgl. BGBl. I 1968, S. 503. Zu der Gesetzesänderung und der in diesem Zusammenhang viel diskutierten Frage eines planmäßigen Vorgehens durch die damit befassten Personen in der Ministerialbürokratie z.B. *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002, S. 144 ff.; *Greve*, KJ 2000, 412; *Rottleuthner*, Rechtshistorisches Journal 2001, 665.

¹⁰² Vgl. BGH NJW 1969, 1181. Die Gegenauffassung des Generalbundesanwalts findet sich in NJW 1969, 1157. Vgl. zu den vom BGH entschiedenen Rechtsfragen seinerzeit z.B. *Blei*, JA 1969, 533; *Dreher*, JR 1970, 147; *Gehrling*, JZ 1969, 416; *Jakobs*, NJW 1969, 489; *Koffka*, JR 1969, 41; *Schröder*, JZ 1969, 418; *Stree*, JuS 1969, 403; aus dem heuti-

Zugleich setzte der 5. Strafsenat in diesem Verfahren fatale Schlüsselsignale für die Prüfung des Vorliegens von Mordmerkmalen in späteren Verfahren wegen nationalsozialistischen Massentötungen. Denn der Senat verengte die Frage, ob der Angeklagte aus niedrigen Beweggründen gehandelt habe, darauf, ob ihm habe nachgewiesen werden können, selbst aus Rassenhass gehandelt zu haben. Nicht nur in diesem Fall hätte aber nahegelegen, ein Handeln aus niedrigen Beweggründen auch deswegen in Betracht zu ziehen, weil der Täter aus Opportunismus und dem Streben nach beruflichen Vorteilen an der Ermordung von Wehr- und Schuldlosen mitwirkte.¹⁰³ Überdies verneinte der 5. Strafsenat pauschal und in revisionsrechtlich problematischer Weise, dass Umstände festgestellt worden seien, die eine Grausamkeit der Tötung begründeten¹⁰⁴ – tatsächlich enthielt das erstinstanzliche Urteil durchaus Hinweise auf die Grausamkeit des Vorgehens, etwa die Erschießung transportunfähiger Alter, Kranker und Kinder vor ihren Angehörigen, das Schwurgericht hatte diese Tatsachen aber nicht im Hinblick auf die Feststellung dieses Mordmerkmals gewürdigt.¹⁰⁵

Es kann nicht überraschen, dass einige Staatsanwaltschaften und Schwurgerichte dieses Vorgehen als Aufforderung verstanden, bei der Untersuchung der Mordmerkmale nicht allzu genau hinzuschauen und in zahlreichen Fällen Heimtücke, Grausamkeit oder niedrige Beweggründe auszuschließen, obwohl eine Lektüre der tatsächlichen Feststellungen durchaus eine andere rechtliche Würdigung möglich erscheinen lässt.¹⁰⁶ So fehlte es in Bezug auf das Mordmerkmal der Grausamkeit vielfach an der Frage, ob nicht nur die Tötungshandlung im engeren Sinne, sondern auch die Begleitumstände die „Grausamkeit“ i.S.v. § 211 StGB begründen können, obwohl der BGH diese erweiternde Betrachtung bereits zuvor anerkannt hatte.¹⁰⁷ Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Änderung von § 50 StGB a.F. durch Art. I Abs. 6 Einführungsgesetz zum OWiG v. 24. Mai 1968 erst mit der Entscheidung des 5. Strafsenats im Verfahren gegen Hermann Heinrich im Zusammenspiel mit der „Gehilfenrechtspre-

gen Schrifttum z.B. *Asholt*, Verjährung im Strafrecht, 2016, S. 485 ff.; *Küper*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.) Festschrift Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 337; *ders.*, JZ 2017, 229.

¹⁰³ Siehe in diesem Sinne aber z.B. BGH NJW 1951, 666; BGH, NJW 1969, 1725; BGH, Urt. 21.7.1970 – 1 StR 119/69 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVII, Lfd. Nr. 669, 514 (515).

¹⁰⁴ BGH NJW 1969, 1181 (1183). Anders dann BGH, Urt. v. 5.2.1970 – 4 StR 272/68 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVI, Lfd. Nr. 648b, 139 (144 f.), mit der ebenso schlichten wie zutreffenden Feststellung: „[S]olche Massenvernichtungen konnten nur grausam durchgeführt werden.“

¹⁰⁵ LG Kiel, Urt. v. 19.3.1968 – 2 Ks 4/66 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXVII, Lfd. Nr. 667a, 343 (410).

¹⁰⁶ Vgl. die Beispiele bei *Greve*, KJ 2000, 411 (423); *Jasch/Kaiser*, Der Holocaust vor deutschen Gerichten, 2017, S. 162, 165 f.

¹⁰⁷ Vgl. insbesondere BGH NJW 1951, 666 f.

chung“ ihre Wirkung als faktische Amnestierung zahlreicher NS-Verbrecher entfaltete.¹⁰⁸

5. Die Rechtsprechung zu Strafverfolgungshindernissen aus dem sog. „Überleitungsvertrag“

In dem Verfahren gegen Georg Hempfen entschied der *Große Senat* des BGH, dass Art. 3 Abs. 3 (b) des Vertrages zur Regelung aus Krieg und Besetzung entstandener Fragen v. 23. Oktober 1954¹⁰⁹ auch solche Verfahren erfasse, die in Abwesenheit des Angeklagten außerhalb Deutschlands geführt worden seien.¹¹⁰ Strafverfolgungsbemühungen gegen deutsche Kriegsverbrecher, die zuvor von alliierten Gerichten verurteilt worden waren, wurden dadurch erheblich erschwert. Das galt nach Ansicht des BGH auch dann, wenn die vorangegangenen Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt worden waren. Da zugleich Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG in der damaligen Fassung ein ausnahmsloses Verbot statuierte, eigene Staatsangehörige zur Strafverfolgung an andere Staaten auszuliefern, lief die Entscheidung im Ergebnis vielfach auf die faktische Amnestierung dieser Täter hinaus. Dabei handelte es sich insbesondere um Personen, die in Frankreich in hochrangigen Positionen die Deportationen von Juden in die Vernichtungslager organisiert hatten.¹¹¹

6. Die Rechtsprechung zum sog. „konkreten Einzelattnachweis“

Die zuvor genannten Punkte sind in der strafrechtlichen und zeitgeschichtlichen Forschung seit langem bekannt und vielfach kritisiert worden. Demgegenüber ist die fatale Auswirkung einer weiteren Weichenstellung der Rechtsprechung auf die Möglichkeit einer angemessenen Strafverfolgung von NS-Verbrechen erst spät, nämlich erst seit etwa zehn Jahren, stärker ins Bewusstsein der Fachöffentlichkeit getreten.¹¹² Sie betrifft das Erfordernis des sog. „konkreten Einzelattnachweises“. Gemeint ist damit, dass Staatsanwaltschaften und Rechtsprechung spätestens mit der bereits genannten Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im großen Frankfurter Auschwitz-Verfahren¹¹³ eine Begründung von Beihilfe in den

Strafverfahren wegen NS-Gewaltverbrechen ausschließlich auf der Grundlage der Feststellung eines Tatbeitrags zu einer konkreten Erfolgsherbeiführung für möglich hielten. Damit war für einen Schuldspruch der Nachweis erforderlich, dass ein Angeklagter durch sein Verhalten einen Tatbeitrag zu einer konkreten „Zugabfertigung“, zu einer konkreten Erschießungsaktion o.ä. geleistet habe. Die Feststellung, dass ein Angeklagter in einer bestimmten Einheit oder einer bestimmten Abteilung tätig gewesen war, zu deren routinemäßigen Aufgaben die regelmäßige Begehung bestimmter Verbrechen gehörte, reichte der Rechtsprechung dagegen nicht als Nachweis einer Beihilfe des Angeklagten zu den Verbrechen aus, an deren Begehung diese Einheit oder Abteilung im Tätigkeitszeitraum des Angeklagten routinemäßig beteiligt gewesen war.¹¹⁴ M.a.W.: Soweit erkennbar, hat die Praxis über vier Jahrzehnte unter Berufung auf die Entscheidung des 2. *Strafsenats* eine gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe, wie sie der BGH nun im Verfahren gegen Oskar Gröning vorgenommen hat, nicht mehr in Betracht gezogen.

Dass die Rechtsprechung zum „konkreten Einzelattnachweis“ in strafrechtlicher Hinsicht nicht überzeugend war, ist bereits ausführlich begründet worden. Irritierend war jene Rechtsprechung aber auch, weil sowohl Instanzgerichte als auch der BGH selbst dies im Zusammenhang mit der Strafverfolgung der Massenmorde in den Vernichtungslagern Belzec, Sobibór, Treblinka und Kulmhof noch anders gesehen hatten. In diesen Verfahren hatte die Rechtsprechung immer wieder überzeugend ausgeführt, dass jede Tätigkeit als Mitglied der Lagerkommandos Hilfeleistung zu den dort routinemäßig durchgeführten Massenmorden gewesen war.¹¹⁵ Für die Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord an allen Personen, die im Tätigkeitszeitraum der jeweiligen Angeklagten im routinemäßigen Lagerbetrieb schätzungsweise ermordet worden waren, bedurfte es daher auch nicht mehr der Feststellung einer Hilfeleistung zu einzelnen Tötungsaktionen. Hier erkannte die Rechtsprechung die Sachgerechtigkeit einer gesamtatbezogenen Begründung der individuellen Strafbarkeit also durchaus an. Erst als die Staatsanwaltschaft unter Leitung Fritz Bauers eine solche Argumentation auch in den großen Frankfurter Auschwitz-Prozess tragen wollte, wiesen zunächst das Schwurgericht und sodann auch der 2. *Strafsenat* diesen Ansatz zurück.¹¹⁶

¹⁰⁸ Vgl. zu den Folgen z.B. *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg, 2016, S. 415 ff.; *Jasch/Kaiser* (Fn. 106), S. 163.

¹⁰⁹ BGBl. II 1954, S. 405 (409).

¹¹⁰ BGHSt 21, 29 = BGH NJW 1966, 1371.

¹¹¹ Vgl. dazu ausführlich z.B. *Brunner*, Der „Frankreich-Komplex“: die nationalsozialistischen Verbrechen in Frankreich und die Justiz der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 216 ff.; *Moisel*, Frankreich und die deutschen Kriegsverbrecher, Politik und Praxis der Strafverfolgung nach dem Zweiten Weltkrieg, 2004, S. 196 ff.

¹¹² Vgl. dazu z.B. *Fahl*, HRRS 2015, 210 (215 ff.); *Kurz*, ZIS 2013, 122; *Nestler*, Schlussvortrag im Strafverfahren gegen John Demjanjuk, S. 10, abrufbar unter:

http://www.nebenklage-sobibor.de/wp-content/uploads/2011/04/SKMBT_C20311050912570.pdf (2.1.2019); *Werle/Burghardt* (Fn. 17), S. 339.

¹¹³ BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838.

¹¹⁴ Vgl. beispielhaft LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (747 f.).

¹¹⁵ Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 25.8.1950 – 52 Ks 3/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VII, Lfd. Nr. 233, 277 (281, 286); LG Frankfurt/M., Urt. v. 3.3.1951 – 14/53 Ks 1/50 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. VIII, Lfd. Nr. 270a, 269; LG Düsseldorf, Urt. v. 3.9.1965 – 8 I Ks 2/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 596a, 19 (187); LG Hagen, Urt. v. 20.12.1966 – 11 Ks 1/64 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXV, Lfd. Nr. 642a, 59 (217, 219, 220 f.); LG Kiel, Urt. v. 26.11.1965 – 2 Ks 1/65 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXII, Lfd. Nr. 603, 415 (437).

¹¹⁶ Vgl. dazu *Renz*, Auschwitz vor Gericht, 2018, S. 104 ff.

Die Folgen dieser Rechtsprechung sind bis heute schwer zu überblicken. Mutmaßlich hat sie in Hunderten von Fällen zu vollständigen oder teilweisen Freisprüchen, zur Einstellung oder zur Nichtaufnahme von Ermittlungsverfahren geführt.¹¹⁷ Bereits im ersten Frankfurter Auschwitzverfahren hatte das Erfordernis des Nachweises einer „konkreten Einzeltatbeteiligung“ die Straflosigkeit einiger Angeklagter und die erhebliche Entlastung zahlreicher anderer zur Folge. Robert Mulka, in dessen grundsätzlichen Aufgabenbereich als Adjutant des Lagerkommandanten Rudolf Höß von Juni 1942 bis März 1943 nach den Feststellungen des Schwurgerichts die „Abwicklung“ der Transporte gehörte, wurde beispielsweise nicht etwa wegen seiner Tatbeteiligung an *allen* in diesem Zeitraum durchgeführten „Vergasungen“ für schuldig befunden, sondern lediglich wegen Beihilfe in vier Fällen. Denn es wurde für erforderlich erachtet, ihm zusätzlich nachzuweisen, dass er z.B. konkret für die „Beschaffung von Zyklon B und die Fertigstellung von gasdichten Türen für die Gaskammern“ sowie für die Oberaufsicht einer „Transportabfertigung“ an der Rampe verantwortlich gewesen war.¹¹⁸ Erst im Verfahren gegen Iwan (John) Demjanjuk kam es zu der Rückbesinnung auf die gesamtatbezogene Begründung der Beihilfe: Ausreichend war nun wieder der Nachweis, dass der Angeklagte innerhalb eines bestimmten Zeitraums in einer bestimmten Funktion innerhalb des Lagerbetriebes tätig gewesen war.¹¹⁹

7. Späte Einsicht des BGH?

Die vorangegangene Aufzählung ist keinesfalls so zu verstehen, als sollten die vom BGH vertretenen Positionen als Ausdruck eines einheitlichen Willens gedeutet werden, die Verfolgung der NS-Verbrechen zu unterminieren, sofern sich dies nur irgendwie unter dem Deckmantel juristischer Begründungen bewerkstelligen ließ. Vielmehr streiten für die Rechtsauffassung des BGH dort, wo sie einer Strafverfolgung der NS-Verbrechen entgegenstand oder sie erschwerte, vielfach Argumente, die isoliert betrachtet durchaus Überzeugungskraft haben.

Es gilt aber gleichwohl festzuhalten, dass die angeführten Stichpunkte juristische Weichenstellungen markieren, an denen eine andere Rechtsprechung sehr wohl dogmatisch begründbar gewesen wäre. Insofern lässt sich also zumindest konstatieren, dass die Frage der strafjustiziellen Aufarbeitung der nationalsozialistischen Verbrechen keine war, bei der die Richter des BGH ihre juristische Kreativität entdeckt oder die Abkehr von einer etablierten Rechtsprechung riskiert hätten, um die herkömmlichen Kategorien und Grundsätze des Individualstrafrechts für die angemessene Bearbeitung von staats-

gesteuertem makrokriminellen Systemunrecht anzupassen. Um nur eines der bereits genannten Beispiele aufzugreifen: Die Tatsache, dass eine Vielzahl von Personen, die sich maßgeblich an der Ermordung Tausender Juden beteiligt hatte, bei einer bestimmten Gesetzesauslegung straflos bleiben würde, erschien den Richtern des 5. *Strafsenats* seinerzeit offenbar nicht als himmelschreiend ungerecht. Sie konnten daher bei der Rechtsanwendung Argumenten der methodischen Schlüssigkeit und systematischen Konsistenz Vorrang gegenüber materiellen Gerechtigkeitserwägungen einräumen. Jenseits der trivialen Feststellung, dass die bundesrepublikanische Mehrheitsgesellschaft und daher auch ihre Repräsentanten in der Justiz jahrzehntelang – aus welchen Gründen auch immer – kein Interesse an der angemessenen Aufarbeitung der NS-Verbrechen gehabt haben, ist es diese Indolenz gegenüber den Konsequenzen einer im engeren Sinne juristisch schlüssigen Argumentation, die aus heutiger Perspektive so erschreckt.

Mit der Revisionsentscheidung im Strafverfahren gegen Oskar Gröning hat sich dem BGH daher eine in zeithistorischer Perspektive unverhoffte Gelegenheit zu verspäteter Richtigstellung und institutioneller Selbstkritik geboten. Im Falle der mangelhaften strafrechtlichen Aufarbeitung von NS-Justizunrecht hat der 5. *Strafsenat* vor inzwischen mehr als 20 Jahren eine solche Gelegenheit bekanntlich genutzt.¹²⁰ Dem 3. *Strafsenat* ist dies im Verfahren gegen Oskar Gröning leider nicht gelungen.¹²¹ Seine Ausführungen zur Beihilfe-strafbarkeit Grönings bestätigen zwar in erfreulicher Weise die Abkehr von einer rein einzeltatbezogenen Begründung der Teilnahme. Der *Senat* hat dies aber bedauerlicher Weise nicht zum Anlass genommen, sich von der früheren Rechtsprechung des BGH zu distanzieren. Er hat vielmehr behauptet, es bestehe kein Widerspruch zu der Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im Frankfurter Auschwitzverfahren. Die dort vertretene Auffassung, nicht „jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslager Auschwitz eingegliedert war und dort *irgendwie* anlässlich dieses Programm tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt“,¹²² stehe „in einem anderen rechtlichen Zusammenhang“. ¹²³ Und er hat diesen „anderen rechtlichen Zusammenhang“ stichpunktartig wie folgt erläutert: „konkurrenzrechtliche Beurteilung von massenhaften Tötungen in durch große Zeiträume getrennten, wesentlich voneinander unterschiedenen und auf unterschiedlichsten Beweggründen beruhenden Tatkomplexen“.¹²⁴

Die Einordnung der Revisionsentscheidung des 2. *Strafsenats* im Frankfurter Auschwitzverfahren durch den 3. *Strafsenat* hält einer Nachprüfung nicht stand. Der 2. *Strafsenat* hat die oben genannten Überlegungen keineswegs allein auf

¹¹⁷ Anschauliche Beispiele liefert *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125). Vgl. auch *Renz* (Fn. 116), S. 140 ff.

¹¹⁸ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (446).

¹¹⁹ LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08, UA 190. Ebenso LG Detmold, Urt. v. 17.6.2016 – 4 Ks 45 Js 3/13-9/15, Rn. 234. Anders aber LG Ellwangen, Beschl. v. 27.2.2014 – 1 Ks 9 Js 94162/12.

¹²⁰ BGHSt 41, 317 (339 f.).

¹²¹ Ähnlich *Renz* (Fn. 116), S. 176; *Safferling*, JZ 2017, 258 (262).

¹²² BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Nr. 595b, Bd. XXI, 838 (882, *Hervorhebung* im Original).

¹²³ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 27.

¹²⁴ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 27.

die konkurrenzrechtliche Bewertung bezogen. Vielmehr hat er sie in den Ausführungen fallbezogen konkretisiert, mit denen er den schwurgerichtlichen Freispruch des Angeklagten Willi Schatz bestätigte.

Das Schwurgericht hatte Schatz nachweisen können, dass er als Zahnarzt den sog. „Rampendienst“ im Rahmen der „Transportabfertigung“ wahrgenommen hatte und die zur Ermordung in den Gaskammern selektierten Personen zur Gaskammer begleitet hatte. Diese Feststellungen reichten dem Schwurgericht aber nicht für einen Schuldspruch wegen Beihilfe zum Mord aus. Es führte aus: „Es kann dahingestellt bleiben, ob die bloße Anwesenheit des Angeklagten Dr. Schatz auf der Rampe [...] allein schon als Förderung der Vernichtungsaktion angesehen werden kann. [...] Auch wenn man allein in diesem Verhalten [...] eine Förderung der Vernichtungsaktionen [...] sieht (was nach Auffassung des Schwurgerichts zweifelhaft ist), kann dem Angeklagten [...] nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden, dass er das Bewusstsein gehabt hat, durch seine bloße Anwesenheit auf der Rampe einen kausalen Tatbeitrag zu den Vernichtungsaktionen zu leisten.“¹²⁵ Der Umstand, dass Schatz nach seiner Einlassung „um nicht aufzufallen [...] ein Stück neben den jüdischen Menschen, die zu den Gaskammern geführt wurden, hergelaufen ist“, reiche jedenfalls nicht aus, um den Vorsatz zur Förderung der Tötungsverbrechen festzustellen. Der Angeklagte „konnte annehmen, dass dies für den Ablauf der Vernichtungsaktion völlig ohne Bedeutung sei. [...] Der Gedanke, dass seine Anwesenheit auf der Rampe oder in der Nähe der Opfer, die zur Gaskammer geführt wurden, die SS-Angehörigen, die mit den Vernichtungsaktionen befasst waren, in irgend einer Weise psychisch stärken könnte, brauchte ihm nicht zu kommen. Das lag bei seiner Funktion, die er im KL Auschwitz als kleiner und unbedeutender Zahnarzt ausübte, nicht sehr nahe.“¹²⁶

Diese im Ton schwer erträgliche und überdies strafrechtsdogmatisch unhaltbare rechtliche Würdigung war dem 2. Strafsenat seinerzeit lediglich den folgenden Satz wert: „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 Schwurgericht ohne Rechtsfehler mangels Beweises freigesprochen.“¹²⁷ Freilich fügte der 2. Senat ergänzend hinzu, für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe sei auch nicht ausreichend, dass das Schwurgericht festgestellt habe, dass Schatz ebenso wie ein weiterer Angeklagter, Dr. Willy Frank, der Leiter der SS-Zahnstation, „gelegentlich die ‚Zahngoldschmelzer‘ im

Krematorium aufgesucht, ihre Arbeit überwacht und Zahngold abgeholt“ habe.¹²⁸

Es bedarf keiner Erläuterung, dass diese Ausführungen des 2. Strafsenats in scharfem Widerspruch zu den Überlegungen des 3. Strafsenats zum Beihilfecharakter des Verhaltens Oskar Grönings stehen. Es ist daher auch unzutreffend, wenn Claus Roxin in seiner Besprechung der Gröning-Entscheidung meint, die nach dem Revisionsurteil des BGH im ersten Frankfurter Auschwitzverfahren einsetzende Einstellungspraxis sei „durch die Entscheidung des 2. Senats von 1969 in keiner Weise gedeckt“.¹²⁹ Das verharmlost die Entscheidung des BGH. Wenn die große Mehrzahl der noch lebenden Angehörigen des Lagerpersonals von Konzentrations- und Vernichtungslagern von der deutschen Strafjustiz danach über weitere vier Jahrzehnte unbehelligt blieb, so war dies keineswegs die Folge einer unangemessenen Ausdehnung der Aussagen des 2. Strafsenats durch die Strafverfolgungsbehörden, sondern die direkt aus dem Revisionsurteil ableitbare Konsequenz.

In der Sache wäre daher im Gröning-Verfahren die Klarstellung geboten gewesen, dass der 3. Strafsenat mit seiner Entscheidung von der vorangegangenen Rechtsprechung des 2. Strafsenats abwich. In zeitgeschichtlicher Perspektive hätte man sich in diesem Zusammenhang zudem Worte des Bedauerns gewünscht. Der BGH hätte zum Ausdruck bringen können, dass (auch) er in der Vergangenheit falsche Impulse für die Strafverfolgung von NS-Verbrechen gesetzt und speziell mit der Rechtsprechung zum sog. Einzelatnachweis ein verharmlosendes Bild von der Tätigkeit des Lagerpersonals in Auschwitz gezeichnet hat.

Der pragmatische Grund für die oberflächliche Auseinandersetzung mit der Entscheidung des 2. Strafsenats mag darin bestanden haben, dass der 3. Strafsenat angesichts des hohen Alters Grönings keine Verzögerung der Entscheidung riskieren wollte, die durch ein Vorgehen nach § 132 Abs. 2 GVG unter Umständen eingetreten wäre. Dennoch sind die bezeichneten Urteilsausführungen höchst unbefriedigend, und zwar auch, weil jeder Verweis auf das mutige Urteil des LG München II im Demjanjuk-Verfahren¹³⁰ und die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zum sog. Einzelatnachweis in der strafrechtlichen Literatur der letzten Jahre fehlt.¹³¹ Es bleibt der Eindruck, dass der 3. Strafsenat die zeitgeschichtliche Dimension, die dem Urteil hätte zukommen können, verschenkt hat.

IV. Schluss

Der BGH hat in der Gröning-Entscheidung eine gesamtattorientierte Begründung der Beihilfe vorgenommen, wengleich er diese Bezeichnung vermieden hat. In der Sache ist dieser Ansatz des BGH zu begrüßen. Eine solche gesamtattorientierte Begründung der Beihilfe ist sachgerecht, wenn die

¹²⁵ LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (756).

¹²⁶ LG Frankfurt/M., Urt. v. 19./20.8.1965 – 4 Ks 2/63 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Lfd. Nr. 595a, 361 (756).

¹²⁷ BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (883); *Hervorhebung* im Original.

¹²⁸ BGH, Urt. v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XXI, Nr. 595b, 838 (883).

¹²⁹ Roxin, JR 2017, 88 (89).

¹³⁰ LG München II, Urt. v. 12.5.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 = Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XLIX, Nr. 924, 227.

¹³¹ Siehe bereits oben Fn. 112.

Verbrechensbegehung in einem arbeitsteilig organisierten, systemischen Zusammenhang erfolgt. Sie ist auch mit den weithin anerkannten Grundsätzen der deutschen Strafrechtsdogmatik vereinbar. Denn das tatbestandsmäßige Verhalten beschränkt sich bei den Erfolgsdelikten nicht auf die Vornahme der unmittelbar erfolgsgerechten Handlung, sondern erstreckt sich insbesondere im Rahmen der mittelbaren Täterschaft auf die Anleitung anderer zur Tatbegehung über eine hierarchisch organisierte Machtstruktur. Die entsprechende Erweiterung des Begriffs der teilnahmefähigen Haupttat ist daher nur konsequent. Eine beihilfebegründende Hilfeleistung kann dann auch in der Förderung des befehlsgemäßen Funktionierens des Machtapparats bestehen, den die mittelbaren Täter zur Verbrechensbegehung einsetzen. Im Ergebnis stellt in diesen Fällen jede befehlsgemäß erbrachte Tätigkeit in dem arbeitsteilig organisierten, systemischen Handlungszusammenhang eine Hilfeleistung gem. § 27 StGB zu der in diesem Zusammenhang erfolgten Verbrechensbegehung dar.

Besondere Bedeutung hatte das Verfahren gegen Oskar Gröning darüber hinaus in zeitgeschichtlicher Hinsicht. Für den BGH bot sich hier die Gelegenheit zur kritischen Auseinandersetzung mit seiner eigenen Rechtsprechung zur Strafverfolgung von NS-Verbrechen. Diese Gelegenheit hat der 3. Strafsenat leider nicht genutzt. Das ist enttäuschend und nimmt der Gröning-Entscheidung einen Teil der herausragenden Bedeutung, die sie hätte haben können.