

Lisa Baun

Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen

Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien
der Beihilfe durch neutrales Verhalten



Nomos

DIKE 

Studien zum Strafrecht

Band 95

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß, LL.M., Universität zu Köln

Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Frank Saliger, Universität München

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Lisa Baun

Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen

Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien
der Beihilfe durch neutrales Verhalten



Nomos

DIKE 

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5489-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9674-6 (ePDF)

ISBN 978-3-03891-101-2 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Opa

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bremen als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung ist bis Mitte 2018 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn *Professor Dr. Sönke Gerhold*, der mein Interesse für das Thema während des Studiums weckte. Ihm danke ich für die hervorragende Betreuung sowie die vielen wertvollen Hinweise und Anregungen bei der Erstellung der Arbeit. Ich danke zudem Herrn *Professor Dr. Felix Herzog* für die freundliche und zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn *Professor Dr. Henning E. Müller* für die mir in bester Erinnerung bleibende Zeit an seinem Lehrstuhl.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg verdanke ich einen großzügigen Beitrag zur Veröffentlichung der Dissertation.

Ebenfalls möchte ich mich bei meinem Verlobten Herrn *Florian C. Müller* bedanken, der mir stets den notwendigen Halt gab und dessen unerschöpflicher Optimismus mir ein großes Vorbild ist. Ein besonderer Dank gilt meinen lieben Eltern, die mich jederzeit und in jeder denkbaren Weise unterstützt haben. Nachhaltig geprägt hat mich zu seinen Lebzeiten mein geliebter Großvater. Ihm widme ich diese Arbeit.

München, im Oktober 2018

Lisa Sophie Marie Baun

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung und Fragestellung	25
Einführung	25
Gang der Untersuchung	26
Der Untersuchungsgegenstand der neutralen Handlung – Eine Begriffsbestimmung	28
Teil 1: Grundlagen der Beihilfestrafbarkeit neutraler Handlungen	32
Kapitel 1: Einführung in die Beteiligungslehre	32
A. Historische Entwicklung der Beihilfenormen seit 1871	32
I. Die von 1871 bis 1943 geltende Gesetzesfassung	33
II. Die im Dritten Reich und bis zum 2. Strafrechtsreformgesetz geltende Gesetzesfassung	33
III. Die seit dem 2. Strafrechtsreformgesetz geltende Gesetzesfassung	34
B. Abgrenzung zur Täterschaft	34
I. Täterbegriff	35
1. Extensiver Täterbegriff	35
2. Restriktiver Tatbegriff	36
II. Subjektive Abgrenzungstheorien	37
1. Ursprüngliche subjektive Theorie	37
2. Modifizierte subjektive Theorie	40
III. Objektive Abgrenzungstheorien	41
1. Formal-objektive Theorie	41
2. Materiell-objektive Theorie und Tatherrschaftslehre	42
IV. Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung	44
1. Allgemeine Entwicklung	44
2. Entwicklung bei NSG-Verfahren	45
C. Strafgrund der Teilnahme	47
I. Schuld- und Unrechtsteilnahmetheorie	48
II. Verursachungstheorien	50
1. Reine Verursachungstheorie	50
2. Akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie	52

3. Theorie des selbstständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs	54
III. Solidarisierungstheorie	56
IV. Stellungnahme	58
Kapitel 2: Dogmatische Grundlagen der Beihilfestrafbarkeit	60
A. Erscheinungsformen der Beihilfe	60
B. Objektive Voraussetzungen der Beihilfe	62
I. Tatbestandsmerkmal des Hilfeleistens	62
1. Auslegung des Begriffs „Hilfe leisten“	63
a) Grammatikalische Auslegung	63
aa) Wortbedeutung	64
(1) Hilfe leisten	64
(2) Fördern	65
bb) Zeitform	66
b) Systematische Auslegung	67
aa) Hilfe leisten in § 323c StGB und § 257 StGB	67
bb) Übertragung auf § 27 StGB	69
c) Teleologische Auslegung	71
d) Historische Auslegung	72
aa) Constitutio Criminalis Carolina von 1532	72
bb) Allgemeines Preußisches Landrecht von 1794	73
cc) Preußisches StGB von 1851	74
dd) Reichsstrafgesetzbuch 1871	76
(1) § 49 RStGB	76
(2) § 49a Abs. 3 RStGB	77
ee) Fazit	80
2. Ergebnisse der Auslegung des Hilfeleistens	81
II. Kausalitätsfrage	82
1. Zurechnung anhand der condicio-sine-qua-non- Formel	83
2. Beihilfe als Gefährdungsdelikt	84
3. Beihilfe durch Förderung der Haupttat	87
a) Reichsgericht	88
b) Bundesgerichtshof	90
c) Literatur	91
4. (Mit-)Ursächlichkeit und Modifikation der Kausalität	92
a) Kausalität für den Haupttaterfolg	92
b) Kausalität für den Erfolg in seiner konkreten Gestalt	93

c) Modifikation der Kausalität	94
5. Stellungnahme	95
a) Kritik am bisherigen Meinungsstand	95
b) Historische Argumente aus § 49a Abs. 3 RStGB	98
c) Fazit	100
III. Objektive Zurechnung	101
1. Entwicklung der objektiven Zurechnung und Übertragung auf die Beihilfe	102
2. Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr	104
a) Ausschluss bei Risikoverringerung	104
b) Risikoerhöhung	105
aa) Vergleichsmaßstab zur Bewertung der Risikoerhöhung	107
bb) Trennung zwischen Risikoerhöhung und Missbilligung des Risikos	108
c) Ausschluss der Zurechnung bei sozialadäquatem Verhalten	109
aa) Inhalt der Sozialadäquanz und Einordnung in den Deliktaufbau	109
bb) Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz	110
cc) Sozialadäquanz von Beihilfehandlungen	112
d) Ausschluss der Zurechnung bei erlaubtem Risiko	113
aa) Begriff des erlaubten Risikos und Einordnung in den Deliktaufbau	114
bb) Erlaubtes Risiko bei der Beihilfe	116
(1) Zweck der Risikoerlaubnis	116
(2) Schaffung des Deliktsobjekts der Haupttat	119
(3) Zivilrechtliche Pflicht	119
(4) Wesentlichkeit und Geringfügigkeit	121
(5) Grundrechtsbezogene Wertungs- und Abwägungsfragen	123
(a) Art. 1 Abs. 1 GG	124
(b) Art. 12 Abs. 1 GG	127
(c) Art. 2 Abs. 1 GG	132
(d) Zwischenergebnis	135
(6) Vertrauensgrundsatz	135
(a) Inhalt des Vertrauensgrundsatzes	136

(b)	Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes bei Vorsatzdelikten	137
[1]	Meinungsstand zur Anwendungsfrage	138
[2]	Anwendbarkeit bei direktvorsätzlichem Handeln	140
[3]	Anwendbarkeit bei eventualvorsätzlichem Handeln	140
[4]	Vergleichbarkeit mit fahrlässiger Begehung	141
(c)	Zwischenergebnis	143
(7)	Einbeziehung von Sonderwissen	144
(a)	Berücksichtigung von Sonderwissen bei neutralen Handlungen	144
(b)	Möglichkeiten der Einbeziehung von Sonderwissen	146
(c)	Einbeziehung von Sonderwissen im objektiven Beihilfetatbestand	149
(d)	Maßstab des Sonderwissens	151
(e)	Rückhalt im Strafgrund der Teilnahme	153
(f)	Zwischenergebnis	154
cc)	Fazit	156
e)	Außerachtlassung hypothetischer Kausalverläufe	158
f)	Fazit	159
3.	Verwirklichung der Gefahr in der Haupttathandlung	161
4.	Ergebnis	161
IV.	Zusammenfassung	162
C.	Subjektive Voraussetzungen der Beihilfe	163
I.	Vorsatz bezüglich der Hilfeleistung	164
II.	Vorsatz bezüglich der Haupttat	164
1.	Bestimmung des Haupttatvorsatzes	165
a)	BGH, Urteil v. 18.04.1996 – Wesentliche Merkmale	166
b)	OLG Hamm, Beschluss v. 24.02.2004 – Spektrum an Haupttaten	170
c)	BGH, Urteil v. 16.11.2006 – Unrechtsdimension	171
d)	Abstrakte Vorstellung des Tatbestands	175

2. Ergebnis	177
III. Erhöhte Voraussetzungen bei neutralen Handlungen	178
1. Direkter Vorsatz	179
2. Bedingter Vorsatz	180
D. Zusammenfassung	181
Kapitel 3: Lösungsansätze zur Beihilfe durch neutrales Verhalten	182
A. Entwicklung der Diskussion zur Beihilfe durch neutrales Verhalten	182
B. Meinungsstand der Literatur	185
I. Uneingeschränkte Anwendung des § 27 StGB	185
II. Einschränkung anhand des Wortlauts des § 27 Abs. 1 StGB	187
1. Tatsächliche Unterstützungsleistung	187
2. Solidarisierung	188
III. Einschränkung anhand eines objektiv bestimmten deliktischen Sinnbezugs	191
1. Deliktischer Sinnbezug	191
2. Tatspezifischer Förderungsakt	195
IV. Einschränkung anhand von Kriterien der objektiven Zurechnung	196
1. Erlaubtes Risiko	196
2. Rechtlich missbilligte Risikoerhöhung	199
a) Theorien bei direkt und bedingt vorsätzlichem Handeln	199
b) Anwendungsbezogene Kritik	200
aa) Deliktischer Sinnbezug	201
bb) Auswirkungen der Vorsatzform	203
cc) Erkennbare Tatgeneigtheit	205
dd) Fazit	206
V. Differenzierung nach Pflichtenkreisen	207
1. Regressverbot und Erwartungssicherheit	207
2. Einhaltung von Berufsregeln	209
3. Professionelle Adäquanz	211
4. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	214
5. Globalabwägung	215
VI. Einschränkung anhand subjektiver Kriterien	217
1. Direkt vorsätzliche Solidarisierung	217
2. Reduzierung von Geschäftsrisiken	219
VII. Einschränkung anhand der Rechtswidrigkeit	220
1. Interessenabwägung	220

2. Erlaubtes Risiko	221
VIII. Zwischenfazit	223
C. Entwicklung der Rechtsprechung	224
I. Rechtsprechung des RG	225
1. RG, Urteil v. 17.11.1904 – Rechtsrat durch einen Rechtsanwalt	225
2. RG, Urteil v. 14.06.1906 – Bordellfall	225
II. Rechtsprechung des BGH	226
1. BGH, Urteil v. 05.05.1982 – Flüssigzucker	227
2. BGH, Urteil v. 23.05.1985 – Mitarbeit im Betrieb	227
3. BGH, Urteil v. 13.04.1988 – Mittelbar dienliche Handlungen	228
4. BGH, Urteil v. 18.11.1988 – Beförderung zum Tatort	229
5. BGH, Urteil v. 26.10.1998 – Steuerhinterziehung	230
6. BGH, Beschluss v. 20.09.1999 – Erststellung einer Broschüre	231
7. BGH, Urteil v. 01.08.2000 – Bankenentscheidung	233
8. BGH, Urteil v. 08.03.2001 – Mitwirkung an der Ausführung der Grenzsicherungsbefehle	235
9. BGH, Urteil v. 18.06.2003 – Anlagetipp zur Steuerhinterziehung	237
10. BGH, Urteil v. 19.12.2013 – Betäubungsmittelhandel	238
11. BGH, Urteil v. 22.01.2014 – Lastschrifteneinzug	239
III. Zwischenfazit	241
D. Fazit	243
Kapitel 4: Konklusion	244
A. Kombination objektiver und subjektiver Einschränkungskriterien	244
I. Risikobestimmung und -erlaubnis	245
1. Risikoerlaubnis bei existenziellen Leistungen	245
2. Konkrete objektive Anhaltspunkte zur Verwendung der Hilfeleistung	246
3. Subjektives Kriterium der Solidarisierung	248
II. Zusätzliche objektive Anhaltspunkte im subjektiven Tatbestand	250
III. Zwischenergebnis	251
B. Ergebnis Teil 1	252

Teil 2: Beihilfe zu NSG	254
Kapitel 1: Beihilfe zu NSG	256
A. Anwendbarkeit von § 27 StGB und § 49 StGB a. F.	256
I. Voraussetzungen des § 27 StGB	256
II. Voraussetzungen des § 49 StGB a. F.	257
1. Tatzeitgesetz	257
2. Lex mitior	258
a) Strafandrohung	258
b) Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 49 StGB a. F.	259
aa) Entwicklung der Vorsatzformen	260
bb) Entscheidungspraxis des RG	262
(1) RG, Urteil v. 17.02.1887 – Förderungswille	262
(2) RG, Urteil v. 28.03.1887 – Gefährlichkeit der Hilfeleistung	264
(3) RG, Urteil v. 25.05.1925 – Teilnehmervorsatz bei § 214 StGB a. F.	266
(4) RG, Urteil v. 30.11.1937 – Beihilfenvorsatz beim Meineid	267
cc) Entscheidungspraxis des BGH seit 1950	268
dd) Entscheidungspraxis in NSG-Verfahren	269
ee) Schrifttum	271
c) Fazit	272
III. Vereinbarkeit der Interpretation des Begriffs „wissentlich“ mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen	275
1. Inhalt des Bestimmtheitsgebots	276
2. Wissentlichkeit und Bestimmtheitsgebots	277
a) Normverständnis	278
b) Wortsinn	279
3. Zwischenergebnis	281
IV. Fazit	282
B. Tatbestimmung bei NSG	282
I. Tatbegriff	283
1. Prozessualer Tatbegriff	283
2. Materieller Tatbegriff	284
3. Haupttatbestimmung bei NSG	285
a) „Endlösung“	286
b) Aktion Reinhardt	287
c) Ungarn-Aktion	289
d) Stellungnahme	289

II. Handlungsorte der Haupttaten- und Beihilfehandlung	290
1. Vernichtungslager	291
a) Chelmno	291
b) Sobibór	293
c) Bełżec	295
d) Treblinka	295
2. Konzentrationslager	296
a) Auschwitz	296
aa) Gaskammern	298
bb) Tötungsaktionen	299
cc) Einordnung des Lagers	300
b) Lublin-Majdanek	301
aa) Gaskammern	302
bb) Tötungsaktionen	303
cc) Einordnung des Lagers	303
3. Zwischenergebnis	304
III. Bezugspunkt der Förderung	305
1. Endlösung als Haupttat	306
a) NSG als Massenverbrechen	307
b) Ablehnung einer Integration des Massenverbrechens in das StGB	309
2. Lager als Tatmittel	310
3. Zwischenergebnis	311
Kapitel 2: Neutralität der Beihilfehandlung	312
A. Meinungsstand der Literatur	312
I. Fehlende Neutralität	312
1. Geppert	312
2. Werle und Burghardt	313
II. Allgemeine Grundsätze	314
1. Rackow	314
2. Ambos	316
3. Roxin	317
III. Pflichtwidrigkeit	319
1. Rudolphi	319
2. Wolff-Reske	320
IV. Mitwirkung durch Randtäter	321
V. Entfernte Unterstützungshandlungen	323
VI. Kausalität für den konkreten Erfolg	323
VII. Solidarisierung	325
1. Schumann	325

2. Fahl	326
VIII. Gesamtverantwortlichkeit	328
B. Analyse der Rechtsprechung	329
I. Konzentrationslager Auschwitz	330
1. LG Frankfurt/M., Urteile v. 28.03.1949 und 27.05.1955	330
a) LG Frankfurt/M., Urteil v. 28.03.1949	331
b) Weiterer Verfahrensgang	332
c) Reaktionen in der Literatur	333
d) Stellungnahme	334
2. Großer Auschwitz-Prozess	335
a) LG Frankfurt/M., Urteil v. 19. und 20.08.1965	335
aa) Höcker und Dylewski	336
bb) Capesius	337
cc) Lucas	338
dd) Frank	339
b) BGH, Urteil v. 20.02.1969	340
c) LG Frankfurt/M., Urteil v. 08.10.1970	342
3. LG Wuppertal, Urteil v. 28.01.1988	343
4. LG Frankfurt/M., Urteil v. 26.02.1976	344
5. LG Ellwangen, Beschluss v. 27.02.2014	345
6. LG Lüneburg, Urteil v. 15.07.2015, und BGH, Beschluss v. 20.09.2016	347
a) LG Lüneburg, Urteil v. 15.07.2015	347
b) BGH, Beschluss v. 20.09.2016	349
c) Stellungnahme	349
7. LG Detmold, Urteil v. 17.06.2016	351
8. LG Neubrandenburg, Beschl. v. 23.06.2017 – 60 Ks 1/15	352
II. Konzentrationslager Majdanek	353
1. LG Düsseldorf, Urteil v. 30.06.1981	353
2. LG Bielefeld, Urteil v. 03.05.1989	355
III. Vernichtungslager	356
1. LG Frankfurt/M., Urteil v. 25.08.1950	357
2. LG München I, Urteil v. 21.01.1965	359
3. LG Bonn, Urteile v. 30.03.1963 und 27.03.1965	360
4. LG Düsseldorf, Urteil v. 03.09.1965	363
5. LG Hagen, Urteil v. 20.12.1966	364
6. LG Frankfurt/M., Urteil v. 08.07.1977	366

C. Stellungnahme	367
I. Literatur	367
II. Rechtsprechung	368
III. Fazit	372
Kapitel 3: Übertragung der eigenen Ansätze aus Teil 1	374
A. Privilegierung im NSG-Kontext	374
I. Alltäglichkeit bei NSG-Beihilfe	375
1. Alltäglichkeit im Lagerkontext	376
2. Folgen verbleibender Alltäglichkeit im Lagerkontext	376
II. Relevanz der Tätigkeit	377
III. Relevanz der Lagerart	378
1. Unterschiede der Lager	378
2. Auswirkung auf Bewertung der Beihilfetätigkeit	380
3. Stellungnahme	381
IV. Fazit	383
B. Förderung der Haupttat	383
I. Unmittelbare oder mittelbare Förderungshandlungen	384
1. Unmittelbare Förderungshandlungen	385
a) Merkmale unmittelbarer Förderungshandlungen	385
b) Abgrenzung anhand Tätigkeiten im NSG-Kontext	386
c) Fazit	388
2. Mittelbare Förderungshandlungen	389
a) Funktionelle Mitwirkung	389
b) Förderung des Lagers durch Tätigkeiten außerhalb des Lagers	391
c) Zwischenergebnis	393
II. Kausalität	393
III. Objektive Zurechnung der Förderung	396
1. Wesentlichkeit und Geringfügigkeit des Beitrags	396
2. Grundrechtsbezogene Wertung	399
a) Berufsbezug	400
b) Existenzsichernde Handlungen	401
c) Zwischenergebnis	404
3. Solidarisierung	405
a) Solidarisierung bei NSG	405
b) Kenntnis von der Haupttat	406
c) Objektive Anhaltspunkte für Haupttat und Erkennen der Anhaltspunkte	408

d) Fehlende Solidarisierung	411
4. Zwischenergebnis	412
IV. Ergebnis	412
C. Tatnachweis der Beihilfehandlung	413
I. Konkreter Tatnachweis der Hilfeleistung zur Haupttat	414
1. Tätigkeit im Vernichtungslager bzw. während Vernichtungsaktion	414
2. Konkrete Förderung des Konzentrationslagerbetriebs	418
3. Förderung einer Vernichtungsaktion	420
4. Konkrete Förderung von Tötungen im Konzentrationslager	422
5. Stellungnahme	425
a) Entwicklung der Rechtsprechung zu den Nachweisanforderungen	425
b) Anforderungen an den Tatnachweis	427
c) Folgen des strengen Tatnachweises	428
II. Zwischenergebnis	429
D. Fazit	430
Zusammenfassung Teil 2	432
Gesamtfazit	436
Literaturverzeichnis	439

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	Alte Fassung
ALP	Allgemeines Preußisches Landrecht
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BdS	Befehlshaber der Sicherheitspolizei
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Beck-OK	Beck'scher Onlinekommentar
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe(n)
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz
f.	Folgende
ff.	Die folgenden
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gem.	Gemäß
GEV	Gefangeneneigentumsverwaltung
GG	Grundgesetz
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGV	Häftlingsgeldverwaltung
Hrsg.	Herausgeber

Abkürzungsverzeichnis

Insb.	Insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JNS	Justiz- und NS-Verbrechen
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
KL	Konzentrationslager
Lit.	Literatur
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MüKo	Münchener Kommentar
m. Anm.	Mit Anmerkung
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
n. F.	Neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
NS	Nationalsozialistisch
NSG	Nationalsozialistische Gewaltverbrechen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
pStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RSHA	Reichssicherheitshauptamt
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SD	Sicherheitsdienst der SS
SK	Systematischer Kommentar
Sog.	Sogenannte
SS	Schutzstaffel
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Deutsches Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Vgl.	vergleiche
VL	Vernichtungslager

VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
Vor.	Vorbemerkungen
ZStL	Zentrale Stelle Ludwigsburg
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Zust.	zustimmend

Einleitung und Fragestellung

Einführung

Auch über 70 Jahre nach Ende des 2. Weltkrieges sind der Nationalsozialismus und seine Gefahren Gegenstand aktueller Debatten und geben Anlass zu mahnenden Worten, in der Absicht diese dunkle Epoche der deutschen Zeitgeschichte nicht in Vergessenheit geraten zu lassen. Hierzu tragen auch die bis in die jüngste Vergangenheit betriebenen Strafverfahren bei, die zu einer fortdauernden Aufarbeitung von NSG-Taten beitragen. Dennoch werden diese Prozesse in Teilen der Bevölkerung immer wieder von der Frage begleitet, ob es nicht an der Zeit sei, mit der NS-Vergangenheit abzuschließen und gegen hochbetagte Angeklagte keine Strafverfahren mehr zu führen. Dem steht jedoch unter anderem der Legalitätsgrundsatz entgegen: Besteht der Verdacht der Mitwirkung an einem Verbrechen sind die Strafverfolgungsbehörden aufgrund des Legalitätsprinzips in § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, Ermittlungen aufzunehmen. Seit die Alliierten der Bundesrepublik am 1. Januar 1950 justizielle Bereiche überließen, ist die Möglichkeit der Strafverfolgung wieder voll gegeben.¹ Darüber hinaus ist seit der Einrichtung der Zentralen Stelle in Ludwigsburg² am 1. Dezember 1958 eine einheitliche Institution mit den Vorermittlungen beauftragt,³ die anschließend ihre gesammelten Fakten der zuständigen Staatsanwaltschaft übergibt.

Aber auch die durch die freiheitlich demokratische Grundordnung geprägten Werte unserer Gesellschaftsordnung fordern eine Auseinandersetzung mit dem Dritten Reich auch noch in der Gegenwart. So äußerte etwa der Nebenklagevertreter *Nestler* in seinem Plädoyer im *Demjanjuk*-Prozess sein Unverständnis darüber, dass in den Lagern Millionen von Menschen auf grausamste Weise umgebracht und dennoch Verfahren nicht

1 *Eichmüller*, Keine Generalamnestie, S. 3, 42.

2 Die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen hat den Auftrag, Vorermittlungen zu Gewaltverbrechen zu führen, die im Zusammenhang mit den Kriegereignissen von 1939 bis 1945 gegenüber der Zivilbevölkerung begangen wurden.

3 § 152 Abs. 2 StPO. Zur Zulässigkeit von Vorermittlungen *Haas*, Vorermittlungen und Anfangsverdacht, 2003, S. 25.

aufgenommen worden seien, deren Gegenstand die Unterstützung von Massentötungen gewesen sei.⁴

Auch wenn jeder dieser Prozesse eine Herausforderung für alle Beteiligten darstellt und die Strafverfolgung aus zahlreichen Gründen stockend und uneinheitlich verlief, darf dies aus den genannten Erwägungen heutzutage einer (wenn auch späten) rechtlichen Aufarbeitung nicht entgegenstehen. Nichts desto trotz stellen sich, damals wie heute, dabei zahlreiche rechtliche Schwierigkeiten.⁵ Einigen mit der Beihilfestrafbarkeit bei NSG verbundenen Problemen widmet sich die vorliegende Arbeit. Inwieweit die Prozesse die Strafzwecke erfüllen, soll dabei aber nicht Gegenstand der Untersuchung sein.⁶ Die Funktionen des Rechts sind vielfältig und in diesem Kontext lässt sich nur bedingt Gerechtigkeit schaffen; zumindest aber wird das Erinnern unterstützt und damit das Vergessen und Verdrängen verhindert.⁷

Gang der Untersuchung

Der Titel der Dissertation „Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen – Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten“ greift beide Teile der Arbeit auf. Zum einen behandelt sie wichtige und seit langem bestehende Probleme der Beihilfedogmatik. Das Ziel der Untersuchung ist, eine Antwort auf die Frage nach den Grenzen der Strafbarkeit der Beihilfe durch neutrales Verhalten zu finden. Zum anderen ist die Arbeit historisch geprägt, indem sie sich kritisch mit der Beihilfe-Rechtsprechung westdeutscher Gerichte bei NSG-Verfahren auseinandersetzt. Im bisherigen allgemeinen Diskurs zur neutralen Beihilfe liegt der Schwerpunkt der Lösungsansätze auf berufstypischen und alltäglichen Handlungen. Bei NSG wurde diese Besonderheit der Beihilfestrafbarkeit noch nicht hinreichend untersucht. Zwar klang die Problematik bereits in einigen Veröffentlichungen an,⁸ diese enthalten aber überwiegend keine

4 Vgl. *Nestler*, Schlussvortrag 14.04.2011, S. 26 f.

5 Z. B. *Burchard*, HRRS 2010, 132.

6 Vgl. dazu *Schünemann*, FS Bruns, 223, 236 ff.

7 Vgl. zur Bedeutung des Rechts in diesem Kontext *Schlink*, Vergangenheitsbewältigung am Ende des Zwanziger Jahre, S. 433, 434.

8 *Schumann*, Handlungsunrecht, S. 62 f.; *Hanack*, Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, S. 26; *Rackow*, Neutrale Handlungen, S. 483 ff.; *Ambos*, Völkerstrafrecht, S. 622 ff.; *Roxin*, ZStW Band (1965), 60, 104 f.; *ders.*, JR 2017, 83, 88; *Werte/Burghardt*, FS Beulke, 339, 351.

konkreten Lösungsansätze und unterscheiden nicht hinreichend zwischen strafbaren und straflosen Tätigkeiten.

Die vorliegende Arbeit hat sich daher zum Ziel gesetzt, zur Diskussion der Beihilfe durch neutrale Handlungen beizutragen und damit die Beihilfedogmatik weiterzuentwickeln sowie darüberhinaus einen rechtshistorischen Beitrag zur Auseinandersetzung mit NSG zu leisten. Daraus ergibt sich die Zweiteilung der Arbeit. Im ersten Teil geht es darum strafwürdige und straflose Beihilfehandlungen mit Hilfe eines dogmatischen Rahmens zu unterscheiden. Nachdem die Teilnahme von der Täterschaft abgegrenzt und der Strafgrund der Teilnahme im 1. Abschnitt des 1. Teils herausgearbeitet wurde, sind im 2. Abschnitt weitere Voraussetzungen der Beihilfe strafbarkeit zu klären. Auf diese Weise soll sich dem Kern des Problems sowie bisherigen Lösungsansätzen genähert werden. Die Überzeugungskraft und Vorteile des eigenen Ansatzes werden verdeutlicht durch eine kritische Bestandsaufnahme des bisherigen Meinungsstandes zur Beihilfe durch neutrale Handlungen im 3. Abschnitt. Erst der zweite Teil der Arbeit bezieht die neutralen Handlungen auf NSG. Die besondere praktische Bedeutung der Untersuchung liegt darin, letztlich objektives Beihilfeunrecht und dessen Voraussetzungen anhand verschiedener Lagertätigkeiten bestimmen zu können.⁹ Zuvor müssen jedoch die seit 1949 ergangenen Urteile, die mit dieser Frage zusammenhängen, sowie verschiedene Ansätze in der Literatur im 2. Abschnitt ausgewertet werden. Im Anschluss kann eine Anwendung der im dem ersten Teil gewonnenen Kriterien auf die Beihilfe zu NSG vorgenommen werden.

Letztlich kann aber auch ein überzeugendes dogmatisches Konzept nicht verhindern, dass am Ende stets eine Wertentscheidung zu treffen ist. Es muss jedoch eine Sonderrechtsanwendung vermieden werden, denn Ziel einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege kann nur sein, sich Herausforderungen wie der Bewältigung der NSG-Verfahren zu stellen, ohne eigene Prinzipien vernachlässigen zu müssen.¹⁰ Ob es im NSG-Kontext überhaupt neutrale Verhaltensweisen gab und wo die Grenze zwischen strafloser Beteiligung und strafbarer Beihilfe liegt, gilt es daher zu untersuchen. An dieser Stelle wird, anders als im 1. Teil zu neutralen Handlungen in der heutigen Gesellschaft, der zeitgeschichtliche Ausnahmezustand sowie der systematisch organisierte und strukturierte Tötungsapparat miteinzubeziehen

9 Auf Anfrage der Verfasserin erklärte die Zentrale Stelle, anhand einer weiten Auffassung zum neutralen Verhalten auch Vorermittlungsverfahren gegen SS-Sanitäter durchzuführen.

10 Zur Problematik des Rückwirkungsverbotes vgl. *Werle*, NJW 1992, 2529, 2534 f.

sein. Zusätzlich werden verschiedene historische Quellen herangezogen, um Nachweise zur Beschaffenheit der Lager, verschiedener Tätigkeiten und sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen zu liefern. Mit diesem Teil liefert die Arbeit einen rechtshistorischen Beitrag bei der Aufarbeitung des NS-Unrechts.

Der Untersuchungsgegenstand der neutralen Handlung – Eine Begriffsbestimmung

Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist die allgemeine Problematik der Strafbarkeit durch neutrales Verhalten. Es ist nicht immer klar, was überhaupt unter den sogenannten neutralen, alltäglichen oder berufstypischen Verhaltensweisen zu verstehen ist.¹¹ Die inhaltlich unterschiedlichen Begriffe eignen sich noch nicht, um zwischen strafbarer und strafloser Beihilfe zu unterscheiden.¹² Neben dogmatischen Herausforderungen bereitet es daher bereits Schwierigkeiten, den Untersuchungsgegenstand begrifflich zu bestimmen. Abweichend von der üblichen Bezeichnung des Diskurses spricht *Rackow* etwa von unverdächtiger Beihilfe, da diese Bezeichnung weiter gefasst und im Vergleich zu den bisherigen Umschreibungen vor allem wertungsfrei sei.¹³ Gemeint sind damit nur solche Beihilfehandlungen, die isoliert betrachtet keine strafrechtliche Relevanz aufweisen und daher Alltagshandlungen oder auch berufstypisches Verhalten sein können, im konkreten Fall jedoch eine Haupttat fördern, doch hilft auch diese Begrifflichkeit bei der Einordnung von strafwürdigem und nicht strafwürdigem Verhalten nicht weiter.

Für alle derart zu beschreibenden Verhaltensweisen stellt sich nämlich die Frage nach dem Strafbedürfnis im Einzelfall, da sie von ihrer Natur her janusköpfig sind. Gemeint ist damit, dass die Handlungen eine Doppelnatur aufweisen, die sich als „von zwei entgegengesetzten Seiten zeigend“ beschreiben lässt.¹⁴ Als Überbegriff bezeichnen neutrale Handlungen solche Verhaltensweisen, die ein isoliert betrachtet unbedenkliches harmloses Handeln darstellen, jedoch unter den Wortlaut des Tatbestandes des § 27

11 *Schild*, NK, § 27 Rn 11. *Rackow*, Neutrale Handlungen, S. 42, wählt den Begriff der unverdächtigen Handlung.

12 BGH, Urteil v. 01.08.2000 – 4 StR 624/99 = NJW 2000, 3010, 3011.

13 *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, S. 44 ff.; ebenfalls *Duttge*, FS Weber, 285, 294.

14 *Duden*, Bedeutungswörterbuch, Stichwort: „Janusköpfigkeit“.

StGB subsumierbar sind, und bei denen die Hilfeleistung durch das Zusammenspiel mit der Haupttat eine gewandelte soziale Bedeutung erhält. So findet der Brötchenverkauf vielfach und täglich statt und ihm wohnen grundsätzlich keine strafrechtlich zu sanktionierenden Gefahren inne. Sobald die gekauften Brötchen allerdings zur Begehung eines Giftmordes verwendet werden, kann der Kauf als Hilfeleistung vom Wortlaut des § 27 StGB erfasst werden.

Ob für dieses klassische Beispiel und viele andere Fälle tatsächlich ein Strafbedürfnis besteht und womit dieses ggf. zu begründen wäre, ist jedoch die Kernfrage der neutralen Beihilfe und soll vorliegend untersucht werden. Während sich „Neutralität“ auch mit „Objektivität“ und „Parteilosigkeit“ übersetzen lässt,¹⁵ ergeben sich allein aus der Handlung oft keine Rückschlüsse auf das konkrete Verboten-Sein.¹⁶ Die überwiegende Zahl der Ansätze erkennt die Zweideutigkeit neutraler Handlungen und versucht zu deren Lösung eine Abgrenzung z. B. anhand des deliktischen Sinnbezugs zu entwickeln.¹⁷ Die Doppelnatur der Handlung beschreibt der Begriff „neutral“ zutreffend.¹⁸ Vom lateinischen „neuter“ stammend (übersetzt „keiner von beiden“¹⁹) drückt er damit die Nicht-Zugehörigkeit zu zwei oder mehr konkurrierenden Lagern aus. Für die neutralen Handlungen bedeutet das aber keine vollkommene Kontextfreiheit, sondern der Begriff verdeutlicht, dass die Handlung einerseits einem allgemein erlaubten, anerkannten legalen Bereich zuzurechnen ist und andererseits zur Unterstützung einer Haupttat dient. Weder eindeutig noch ausschließlich sind diese Verhaltensweisen abstrakt einem straflosen oder strafbaren Wirkungsbereich zuzuordnen, was die Wortbedeutung von *neutral/neuter* nahelegt. Für die rechtliche Bewertung des konkreten Falles kann ein Verhalten jedoch nicht einerseits erlaubt und andererseits strafbar sein; es muss sich für „eines von beiden“ entschieden werden.

In der bestehenden Diskussion wird der Begriff der neutralen Beihilfe oder neutralen Handlung daher mehrdeutig verwendet. Zum einen geht es darum, jene Handlungen zu identifizieren, die zweideutig sind, nämlich einerseits als Alltags- oder Berufstätigkeit erfolgen und andererseits eine Haupttatförderung darstellen. Zum anderen schließt sich hieran aber stets

15 *Duden*, Stichwort: „Neutralität“.

16 *Pilz*, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern, S. 15 f.

17 Vgl. S. 191, 201.

18 So auch bei *Kudlich*, Berufsbedingtes Verhalten, S. 180 ff.

19 *Stowasser*, (Stichwort: neuter) „keiner von beiden“.

die Frage an, wie solche Handlungen strafrechtlich zu bewerten sind, und in diesem Kontext werden oft die als straflos zu bewertenden Handlungen als neutrale Handlungen bezeichnet. An diesem Verständnis des Begriffs der neutralen Handlung bzw. neutralen Beihilfe wird daher kritisiert, er enthalte bereits die Wertung, ein Verhalten sei aus bestimmten Gründen zu privilegieren.²⁰ Zumindest bei der Bezeichnung „neutrale Beihilfe“ ist der Vorwurf berechtigt, denn Neutralität bedeutet im Zusammenhang mit der Teilnahmefigur der Beihilfe, dass die Förderung straflos bleibt. Im Gegensatz dazu soll die Untersuchung herausarbeiten, wie berufstypisches und alltägliches Verhalten zu behandeln ist und wo die Grenze zwischen strafbarer und strafloser Förderung liegt. Es muss daher zwischen der Bezeichnung und der Bewertung des Untersuchungsgegenstandes klar unterschieden werden und es lässt sich wertungsfrei nur von neutralen Handlungen sprechen. Die Begriffsbestimmung ist dabei insofern von Bedeutung, als dass mit ihr bereits der Untersuchungsgegenstand eingegrenzt werden kann. Soweit von neutralen Handlungen gesprochen wird, sind darin keine Vorwertungen enthalten, sondern es wird lediglich das Problem bezeichnet.²¹

So unterschiedlich die Begrifflichkeiten sind, so zahlreich sind auch die bestehenden Lösungsansätze. Die vorliegende Arbeit erhebt dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern es sollen verschiedene Strömungen systematisiert und bewertet werden und als Vorarbeit für den eigenen Ansatz dienen.

Während sich viele bisherige Untersuchungen thematisch auf berufsbezogene Verhaltensweisen, wie von Steuerberatern und Bankangestellten, beschränken, soll am umfassenden Begriff der neutralen Handlungen angesetzt werden, da er als Oberbegriff sowohl alltägliches als auch berufstypisches Verhalten umfasst. Alltagshandlungen sind solche Handlungen, die ohne Besonderheiten aufzuweisen, leicht bzw. jederzeit von jedermann innerhalb des täglichen Lebens ausgeführt werden können. Regelmäßig werden sie auch als „für sich genommen sinnvoll und harmlos“ beschrieben.²² Als Beispiel dient das Übergeben von Werkzeug an einen Nachbarn, das Beauftragen eines Handwerkers, das Vermieten einer Wohnung oder das Verpflegen von Personen mit Nahrung oder Getränken. Je alltäglicher eine Handlung ist und je mehr ihre deliktische Verwertung auf das Konto

20 *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, S. 47.

21 Vgl. so auch der Titel bei *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts.

22 *Kindhäuser*, AT, § 42 Rn 19.

des eigenverantwortlich handelnden Haupttäters geht, desto schwieriger sei es, für die Strafbarkeit des Teilnehmers einen überzeugenden Grund anzugeben.²³ Ähnlich gelagert ist die Problematik der berufsbedingten oder berufstypischen Handlungen, die im Kontext der Berufsausübung bzw. der Berufsrolle erbracht werden und für die ebenfalls zu untersuchen ist, ob sie eine strafbare Hilfeleistung zu einer Haupttat darstellen. Inwieweit solche Handlungen im Waren- und Dienstleistungsverkehr privilegierungsbedürftig sind, ist zu untersuchen.

Diese Erläuterungen vorausgeschickt, wenden wir uns nun dem 1. Teil der Arbeit zu, der Einführung in die Beteiligungslehre.

23 *Frisch*, FS Lüderssen, 539, 540.

Teil 1: Grundlagen der Beihilfestrafbarkeit neutraler Handlungen

Kapitel 1: Einführung in die Beteiligungslehre

Der 1. Abschnitt der Arbeit widmet sich der Figur der Teilnahme im Allgemeinen. Es gilt zunächst die Entwicklung der Beihilfenormen darzustellen. Anschließend sind die Grundlagen der Abgrenzung zur Mittäterschaft und der Strafgrund der Teilnahme herauszuarbeiten, um sich im 2. Abschnitt dem Problem der teilweise uferlosen Beihilfestrafbarkeit vertieft widmen zu können. Diese Grundlagen der Teilnahme strafbarkeit zu erarbeiten, ist unverzichtbar, denn jeder später überprüfte oder neu zu entwickelnde Ansatz zur Beihilfestrafbarkeit durch neutrales Verhalten muss in Einklang mit dem Strafgrund zu bringen sein.

A. Historische Entwicklung der Beihilfenormen seit 1871

Zu Beginn soll die Entwicklung der Beihilfenormen von 1871 bis heute dargestellt werden, um daraus Rückschlüsse auf die Auslegung des § 27 StGB ziehen zu können. Die Grundlagen der Beihilfestrafbarkeit zu erarbeiten, ist für den 2. Teil der Arbeit, die Untersuchung der Beihilfe zu nationalsozialistischen Gewaltverbrechen (im Folgenden NSG), unentbehrlich. Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 markierte dabei das Ende der deutschen Partikulargesetzgebung.²⁴ Fortan galt ein einheitliches Strafrecht im gesamten Deutschen Reich. Schon die erste Fassung des RStGB beinhaltete eine Beihilfenorm.

24 Gerbold, Die Akzessorität der Teilnahme an Mord und Totschlag, S. 38.

I. Die von 1871 bis 1943 geltende Gesetzesfassung

Die Fassung des § 49 RStGB,²⁵ die vom 1. Januar 1872 bis zum 14. Juni 1943 galt, lautete:

- „(1) Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.
(2) Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.“*

II. Die im Dritten Reich und bis zum 2. Strafrechtsreformgesetz geltende Gesetzesfassung

Die spätere Fassung des § 49 RStGB,²⁶ die vom 15. Juni 1943 bis zum 31. Dezember 1974 galt, lautete:

- „(1) Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.
(2) Die Strafe des Gehülfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hülfe geleistet hat, kann jedoch nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen ermäßigt werden.“*

Eine durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943²⁷ bis 28. Mai 1953²⁸ in Kraft gebliebene Änderung des Beihilferechts betraf nicht das Merkmal der Hilfeleistung und auch nicht die Formulierung des damaligen § 49 StGB, sondern ermöglichte die Bestrafung des Versuchs der

25 Eingeführt durch Gesetz betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich v. 15.05.1871, RGBl. I, S. 127.

26 Eingeführt durch Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue v. 29.05.1943, RGBl. I, S. 339.

27 Eingeführt durch Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue v. 29.05.1943, RGBl. I, S. 339.

28 Aufgehoben durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz v. 04.08.1953, BGBl. I, S. 735.

Beihilfe (§ 49a Abs. 3 StGB a. F. durch Art. 1 Strafrechtsangleichungsverordnung).

III. Die seit dem 2. Strafrechtsreformgesetz geltende Gesetzesfassung

Seit dem 2. Strafrechtsreformgesetz²⁹ ist die Beihilfe in § 27 StGB verankert. Die Norm lautet seither:

- „(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.
(2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“

Diese Fassung ist Ausgangspunkt der Untersuchung, wobei zum Teil auf alte Fassungen zurückgegriffen wird. Gemäß § 2 Abs. 1 StGB ist das Recht anzuwenden, das zur Tatzeit galt. Für die folgende Untersuchung werden deshalb, aufgrund der Tatzeit der NSG zwischen 1933 und 1945, auch die alten Fassungen des § 49 StGB, die vom 1. Januar 1872 bis 14. Juni 1943 sowie vom 15. Juni 1943 bis zum 31. Dezember 1974 galten, heranzuziehen sein.

B. Abgrenzung zur Täterschaft

Vor der vertieften Betrachtung der Beihilfe ist sie zuerst von der Täterschaft abzugrenzen, denn zwischen Täterschaft und Teilnahme besteht nach herrschender Ansicht ein normatives Stufenverhältnis.³⁰ Die Täterschaft verdrängt die Teilnahme im Wege der Subsidiarität, so dass beispielsweise die Beihilfe in der Mittäterschaft enthalten ist.³¹ Die Abgrenzung der Beteiligungsformen ist häufig schwierig und wird auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus Gründen der Einzelfallbetrachtung nicht immer einheitlich vorgenommen. Darüber hinaus hat sich die Auffassung der Rechtsprechung zur Abgrenzung der beiden Beteiligungsformen im

29 Eingeführt durch 2. Strafrechtsreformgesetz v. 04.07.1969, BGBl. I, S. 717.

30 BGH, Urteil v. 09.04.1997 – 3 StR 387/96 = BGHSt 43, 41, 53 f.; BGH, Urteil v. 15.04.1997 – 4 StR 108/97 = NStZ-RR 1997, 297 m. w. N.; Lackner/Kühl/Heger, StGB²⁸, Vor §§ 25 Rn. 13; Satzger, Satzger/Schmitt/Widmaier § 1 Rn. 70; Schmitz, MüKo³, § 1 Rn. 30 f.; Schild, NK⁴, Vor §§ 26, 27 Rn. 4.

31 Schmitz, MüKo³, § 1 Rn. 30.

Laufe der Zeit gewandelt.³² Als notwendigerweise vorausgehender Schritt zur Untersuchung der Beihilfestrafbarkeit stellt die Abgrenzungsproblematik allerdings keinen Schwerpunkt dieser Arbeit dar. Daher werden innerhalb der jeweiligen Abgrenzungstheorien und deren Entwicklung nicht sämtliche Teilaspekte berücksichtigt. Zudem wird die Anwendbarkeit jeder Theorie auf NSG geprüft.³³ Im 2. Teil der Arbeit ist bei der Betrachtung der NSG-Verfahren auf die jeweils vertretene Abgrenzungstheorie zurückzukommen. Vor der Untersuchung der wichtigsten Theorien zur Abgrenzung der Beteiligungsformen ist zwischen dem extensiven und restriktiven Täterbegriff zu differenzieren, da sich das jeweilige Verständnis auf die Abgrenzung auswirkt.

I. Täterbegriff

Das Strafrecht unterscheidet zwischen einem restriktiven und einem extensiven Täterbegriff.³⁴ Diese Unterscheidung dient als Grundlage der Abgrenzungstheorien von Täterschaft und Teilnahme, denn die Bestimmung der Reichweite des Tatbestandes, namentlich des Tatbegriffes, wirkt sich auf die Beteiligungslehre wie im Weiteren beschrieben aus.³⁵

1. Extensiver Täterbegriff

Nach der extensiven Auffassung des Täterbegriffs³⁶ wird im Tatbestand das unrechte Verhalten als jegliche Art der Verursachung einer Rechtsgutsverletzung beschrieben. Es besteht eine Gleichwertigkeit aller ursächlichen Bedingungen und Gefahren in Bezug auf die Rechtsgutsverletzung. So sei

32 Vgl. zur Entwicklung der Lehre der Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 559 ff.

33 Zu den Reaktionen der Strafrechtswissenschaft auf die Vorgehensweise der Rechtsprechung zu NS-Verbrechen nach 1945 *Just-Dahlmann/Just*, Die Gehilfen, NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, S. 167 ff.; zusammenfassend *Heine*, JZ 2000, 921 ff.

34 Die Begriffe stammen von *Zimmerl*, ZStW 50 (1929), 39 ff. Zu den Grundlagen des Beteiligungssystems, vgl. *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, Tb. 2⁸, § 47 Rn. 16 ff.

35 *Renzikowski*, Maurach/Gössel/Zipf, Tb. 2⁸, § 47 Rn. 24.

36 Auch Einheitstäterprinzip genannt, vgl. *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft.

„an sich“ jeder Täter, der eine Ursache gesetzt hat; Anstiftung und Beihilfe fungierten dabei als Strafeinschränkungsgründe.³⁷ Im Einklang mit dieser Auffassung sah das RG Täterschaft als die Herbeiführung derjenigen Bedingungen, „unter welchen der mit Strafe bedrohte Tatbestand eintritt“.³⁸ Trotz einer Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH, die jede Verursachung des gesetzlichen Tatbestandes zunächst als Täterschaft wertete, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstünden,³⁹ wird der extensive Tatbegriff mittlerweile von Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig abgelehnt.⁴⁰ Die Gründe dafür liegen in der Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht, insbesondere mit Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten⁴¹, bei denen sich der Teilnehmer strafbar macht, eine Täterschaft mangels Garantenstellung oder Eigenhändigkeit jedoch entfällt.

2. Restriktiver Tatbegriff

Als Gegenposition zu dem, sehr weiten und mit der *lex lata* unvereinbaren, extensiven Tatbegriff wurde der restriktive Tatbegriff entwickelt. Dieser unterscheidet einerseits zwischen Verhaltensnormen, die einem Deliktstatbestand zugrunde liegen und sich an den Täter richten, sowie andererseits Verhaltensnormen, die dem Deliktstatbestand nicht zugrunde liegen und sich an den Teilnehmer richten.⁴² Dehnt man die Strafbarkeit auf die Teilnahme aus, hat dies zur Folge, dass sich die Strafbarkeit auf einen Bereich erstreckt, der vom Tatbestand und der Täterschaft nicht erfasst wird.⁴³ Anders als beim extensiven Täterbegriff handelt sich dabei um eine Strafausdehnung und keine Strafeinschränkung. Nachdem bei der Teilnahme anders als bei Täterschaft nicht alle Tatbestandsmerkmale der Rechtsnorm durch den Beschuldigten selbst verwirklicht werden, muss für seine Straf-

37 Zimmerl, ZStW 50 (1929), 39, 40; Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 76; Kohbrausch, ZStW 57 (1936), 384, 393; Mezger, Strafrecht, S. 415 f.

38 RG, Urteil v. 20.09.1890 – Rep. 2033/90 = RGSt 21, 76, 77.

39 BGH, Urteil v. 10.06.1952 – 1 StR 837/51 = BGHSt 3, 4, 5.

40 Joecks, MüKo³, Vor § 25 Rn. 7; Schönemann, LK¹², Vor § 25 Rn. 11 ff.; Heine/Weißer, S/S²⁹, Vor §§ 25 ff. Rn. 8; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, Tb. 2⁸, § 47 Rn. 39 ff.

41 Ablehnend u. a. Walter, LK¹², Vor §§ 13 Rn. 61; Gerbold/Kuhne, ZStW 124 (2012), 948.

42 Joecks, MüKo³, Vor § 25 Rn. 7; Schönemann, LK¹², Vor § 25 Rn. 11 ff.; Heine/Weißer, S/S²⁹, Vor §§ 25 ff. Rn. 8; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, Tb. 2⁸, § 47 Rn. 39 ff., 68; Baumann, AT⁵, § 35 III 1 b).

43 Schönemann, LK¹², Vor § 25 Rn. 11.

barkeit an ein anderes Verhalten in diesem Zusammenhang angeknüpft werden. Heute wird überwiegend der restriktive Täterbegriff vertreten.⁴⁴ Er berücksichtigt hinreichend die Unterschiedlichkeit von Täterschaft und Teilnahme und die Andersartigkeit der Teilnahmehandlungen, namentlich eine Hilfeleistung bei der Beihilfe und ein Bestimmen bei der Anstiftung zur Haupttat,⁴⁵ und ist auch im Übrigen mit dem geltenden Strafrecht vereinbar.

Ausgehend von diesen Auffassungen zum Täterbegriff wird im Folgenden die Abgrenzung der Beteiligungsformen thematisiert. Bestrafung wegen Beihilfe kommt nur dann in Betracht, wenn keine täterschaftliche Beteiligung vorliegt. Die Abgrenzungstheorien können unter den Stichworten der subjektiv oder objektiv orientierten Ansätzen zusammengefasst werden, wobei sich seit dem Beginn der reichgerichtlichen Rechtsprechung ein Wandel vollzogen hat.

II. Subjektive Abgrenzungstheorien

1. Ursprüngliche subjektive Theorie

Im Rekurs auf den extensiven Täterbegriff sollten nach der subjektiven Theorie zunächst alle Handlungen objektiv gleichwertig sein; es müsse allein anhand weiterer, subjektiver Kriterien zwischen Täter und Teilnehmer abgegrenzt werden. Innerhalb der subjektiven Theorie wurden vor allem die Dolus- und die Interessentheorie zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnehmer vertreten. Nach der Dolustheorie war Täter nur derjenige, der auch einen selbstständigen *Täterwillen* aufwies. Wer den Eintritt des Erfolges nur für den Fall wolle, dass ihn der Täter wolle, sei Gehilfe.⁴⁶ In der ersten Entscheidung des RG zur Abgrenzung hieß es: „Der Mitthäter beteiligt sich also an der That als an seiner eigenen, animo auctoris, der Gehülfe als an der eines Anderen“, also animo socii. Die Verschiedenheit könne „nur eine subjektive, durch die Verschiedenheit des Willens“ begründete sein.⁴⁷ Anders hingegen ging die Interessentheorie davon aus, dass Täter

44 Jescheck/Weigend, AT⁶, § 61 III 3., S. 649; Roxin, AT II § 25 Rn. 5; Lackner/Kühl/Heger, StGB²⁸, Vor § 25 Rn. 3; Schönemann, LK¹², Vor § 25 Rn. 11 f.; Heine/Weißer S/S²⁹, Vor §§ 25 ff. Rn. 5; Kühl, JA 2014, 668 m. w. N.

45 Vgl. Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht, S. 43.

46 V. Buri, Causalität, S. 41. Er spricht von Urhebern, womit heute Täter gemeint ist. Schönke, StGB¹, (1942), § 49 I.

47 RG, Urteil v. 12.05.1880 – Rep. 1056/80 = RGSt 2, 160, 163.

derjenige sei, der ein eigenes Interesse an der Tat habe, und Teilnehmer, wem ein solches fehle.⁴⁸ Ähnlich der Interessentheorie stellte das RG in ständiger Rechtsprechung auf die innere Einstellung und Willensrichtung des Handelnden ab.⁴⁹

Auch im so genannten Badewannenfall war das RG der Auffassung, dass Täter grundsätzlich derjenige sei, der mit eigener Hand einen Menschen töte; dies gelte auch dann, wenn er es unter Einfluss und in Gegenwart eines anderen und nur in dessen Interesse tue. Allein die Ausführung der tatbestandlichen Handlung reiche allerdings nicht aus, um ihn als Täter zu verurteilen. So stellte das RG in einer extensiven Form auf den *Täterwillen* bei der Ausführungshandlung ab. Ein solcher bestehe, wenn der Handelnde die Tat als eigene begehen und nicht lediglich als fremde unterstützen wolle.⁵⁰ Auf diese Weise konnte im Badewannenfall – zudem geprägt vom Willensstrafrecht der NS-Ideologie – durch eine extrem subjektive Theorie, die *animus socii* trotz vollständiger Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung annahm,⁵¹ eine Verurteilung wegen täterschaftlicher Begehung umgangen werden.⁵² Auch die Strafsenate des BGH folgten zunächst der Ansicht des RG und nahmen eine Abgrenzung dereteiligungsformen anhand des Willens vor.⁵³ Erstmals sprach sich der 5. Strafsenat mit Urteil vom 10. Januar 1956 ausdrücklich gegen die extrem subjektive Theorie des RG im Badewannenfall aus.⁵⁴ Der Täterwille sei anhand der Gesamtumstände der Tat zu bestimmen,⁵⁵ womit auch objektive Kriterien einbezogen werden konnten. Nichtsdestotrotz fand die extrem subjektive Theorie auch später noch vereinzelt Anwendung.⁵⁶ Beispielsweise verneinte der BGH im Staschynskij-Urteil trotz vollständiger Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale mangels Täterwillens eine täterschaftliche Begehungs-

48 Die Interessentheorie wurde meist mit der Dolustheorie kombiniert und als eigenständige Ansicht bereits im 19. Jhd. aufgegeben, vgl. dazu *Joecks*, MüKo³, § 25 Rn. 8.

49 Statt vieler RG, Urteil v. 12.05.1880 – Rep. 1056/80 = RGSt 2, 160, 163; RG, Urteil v. 19.02.1940 – 3 D 69/40 = RGSt 74, 84, 85. Kritisch schon *Coenders*, Strafrechtliche Grundbegriffe, S. 259.

50 RG, Urteil v. 19.02.1940 – 3 D 69/40 = RGSt 74, 84.

51 RG, Urteil v. 19.02.1940 – 3 D 69/40 = RGSt 74, 84, 85.

52 *Schild*, NK⁴, § 25 Rn. 34.

53 BGH, Urteil v. 08.01.1952 – 1 StR 527/51 = BGHSt 2, 169, 170; BGH, Urteil v. 22.01.1953 – 4 StR 417/52 = BGHSt 4, 20, 21; BGH, Urteil v. 10.02.1953 – 2 StR 289/52 = BGHSt 4, 41, 42.

54 BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393.

55 BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393.

56 BGH, Urteil v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = NJW 1963, 355 ff.

weise.⁵⁷ Nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Literatur wurde die subjektive Theorie zeitweise vertreten.⁵⁸

Wendet man die subjektive Theorie auf NSG-Verfahren an, so ist maßgeblich, ob der Beteiligte mit Täterwillen handelte, die Tötungen als eigene wollte und wie sich sein Interesse an der Tat gestaltete.⁵⁹ In den ab 1945 beginnenden NSG-Verfahren legten die Gerichte zunächst eine rein subjektive Abgrenzungstheorie mit der Folge zugrunde, dass Täter nur derjenige war, der aufgrund seiner „inneren Einstellung“ „die Tat als eigene wollte“ und demnach mit *Täterwillen* handelte.⁶⁰ Als Wegbereiter für die Anwendung dieser Theorie auf NSG-Verfahren wird zum Teil das Urteil vom 19. Oktober 1962 im Staschynskij-Fall gesehen,⁶¹ wobei auch vor diesem Urteil der Täterwillen als maßgebliches Kriterium angesehen wurde, so dass das Staschynskij-Urteil als Bekräftigung der Anwendung der subjektiven Theorie auf NSG verstanden werden kann. Auch die Einordnung *Hitlers und anderer* als Täter – aufgrund ihres Täterwillens – erfolgte unter Anwendung der subjektiven Theorie.⁶² Gleichzeitig wurden viele, die unmittelbar Tötungen ausgeführt hatten, mangels Täterwillens als Gehilfen eingestuft, jedoch nur soweit ihnen keine Exzesstaten oder eigenes Interesse an der Haupttat vorgeworfen werden konnte.⁶³ Die bereits zum Badewan-

57 BGH, Urteil v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = NJW 1963, 355, 356.

58 *Wächter*, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts I, S. 147.; *Nagler*, Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 125; bis in die 1960er Jahre bei *Bockelmann*, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 76; *Baumann/Weber*, AT⁹, § 36, S. 536 f.

59 Vgl. *v. Buri*, Causalität, S. 41; RG, Urteil v. 12.05.1880 – Rep. 1056/80 = RGSt 2, 160, 163.

60 BGH, Urteil v. 19.12.1950 – 1 StR 20/50 = JNS, Bd. VII, Ldf. Nr. 247d, S. 569 ff.; BGH, Urteil v. 13.02.1951 – 4 StR 62/50 = JNS, Bd. VIII, Nr. 281b, S. 448; BGH, Urteil v. 05.07.1951 – 3 StR 333/51 = JNS, Bd. VIII, Nr. 268b, S. 244; BGH, Urteil v. 29.02.1952 – 2 StR 73/51 = JNS, Bd. IX, Nr. 319c, S. 720; BGH, Urteil v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 = JNS, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff.; BGH, Urteil v. 03.12.1953 – 4 StR 212/53 = JNS, Bd. X, Nr. 323b, S. 52; BGH, Urteil v. 10.12.1963 – 5 StR 423/63 = JNS, Bd. XIX, Nr. 549b, S. 91 f.; BGH, Urteil v. 02.11.1966 – 2 StR 226/66 = JNS, Bd. XX, Nr. 598b, S. 272 ff., 275; BGH, Urteil v. 25.03.1971 – 4 StR 48/69 = JNS, Bd. XXV, Nr. 642b, S. 245; BGH, Urteil v. 11.05.1971 – 1 StR 91/71 = JNS, Bd. XXXIV, Lf. Nr. 735b, S. 347 ff., 351; BGH, Urteil v. 22.01.1986 – 3 StR 475/85 = JNS, Bd. XLVI, Nr. 893b, S. 250.

61 So die Wertung von *Schünemann*, LK¹², § 25 Rn. 24; *Baumann*, NJW 1963, 561.

62 Zum Täterwillen *Hitlers u.a.* vgl. LG München I, Urteil v. 21.01.1965 – 110 Ks 3/64 = JNS, Bd. XX, Nr. 585 a-1, S. 640.

63 Kritik dazu bei *Baumann*, NJW 1963, 561 ff.

nenfall angeklungene Kritik im Schrifttum führte in der weiteren Entwicklung zu einer Modifizierung der subjektiven Theorie.⁶⁴

2. Modifizierte subjektive Theorie

Im Urteil vom 10. Januar 1956 und auch in späteren Entscheidungen stellte der BGH – bis auf eine Ausnahme in einem Verfahren 1962⁶⁵ – nicht mehr allein auf den Täterwillen ab, sondern prüfte, ob der Täter ein besonders enges Verhältnis zur Tat gewollt habe, was nach den Gesamtumständen zu beurteilen sei.⁶⁶ Mit kritischer Stellungnahme wurde die extrem subjektive Theorie des RG erstmals abgelehnt.⁶⁷ Später modifizierten die Strafsenate des BGH die subjektive Theorie: Neben dem Täterwillen wurden weitere Umstände einbezogen; so müsse der Täter das *Ob* der Tat und deren Durchführung mitbeherrschen, wofür der Umfang der Tatbeteiligung, das Verhältnis zur Tat und das Interesse am Täterfolg maßgeblich seien.⁶⁸ Nach der damit entstandenen modifizierten subjektiven Theorie ist Täter, wer mit Täterwillen, so genanntem *animus auctoris*, handelt. Dieser ist anhand von Indizien wie dem eigenen Interesse an der Tat, dem Umfang der Beteiligung und der Tatherrschaft zu bestimmen.⁶⁹ Im Gegensatz zur rein subjektiven Theorie bietet die modifizierte subjektive Theorie den Vorteil, sich nicht ausschließlich am Willen des Beteiligten zu orientieren, sondern vielmehr anhand von Indizien des Gesamtgeschehens den Täterwillen zu bestimmen. Dabei bleiben jedoch Abgrenzungsprobleme im Bereich drittbegünstigender Delikte bestehen.⁷⁰ Aus der Kritik an der am Täterwillen orientierten Abgrenzung und als Gegenpol dazu wurden schon früh Theorien entwickelt, die objektive Kriterien als entscheidend ansahen.

64 Vgl. die Nachweise zur Kritik der Literatur im Badewannenfall in BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393, 395 f.

65 BGH, Urteil v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87 ff.

66 BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393, 396.

67 BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393, 396 nimmt Bezug auf RGSt 74, 84.

68 BGH, Urteil v. 10.03.1961 – 4 StR 30/61 = BGHSt 16, 12, 13; BGH, Urteil v. 14.08.1963 – 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135, 136.

69 BGH, Urteil v. 15.09.1988 – 4 StR 352/88 = BGHSt 35, 347, 353; BGH, Urteil v. 06.06.1997 – 2 StR 339/96 = BGHSt 43, 219, 232; BGH, Urteil v. 22.07.1999 – 4 StR 185/99 = NJW 1999, 3131.

70 Vgl. *Kudlich*, BeckOK³², § 25 Rn. 12.2.

Auch bei Anwendung auf NSG richtet sich die Abgrenzung nach der modifizierten subjektiven Theorie nach dem *Täterwillen*. Maßgeblich wären das Interesse des Beteiligten an der Tat und in welchem Umfang sich die Beteiligung an den Tötungen und seine Tatherrschaft gestaltete. Im Vergleich zur rein subjektiven Theorie bietet die Modifizierung hier den Vorteil, nicht mehr allein die Gesinnung des Handelnden einzubeziehen, sondern darüber hinaus die Umstände, unter denen die Tat ausgeführt wurde. Im Urteil des LG München II wurde eine Täterschaft für jene Personen angenommen, die mit der Planung und Organisation der „Aktion Reinhardt“ im Reichssicherheitshauptamt (RSHA) befasst waren.⁷¹ Diese Begründung unterscheidet sich von den frühen NSG-Urteilen insoweit, als nicht mehr von einem Täterwillen gesprochen wird, sondern die „Befassung“ mit der Aktion Reinhardt entscheidend war, wozu unter anderem auch Kriterien wie der Umfang der Tatbeteiligung gehörten.⁷² Anhand dieser Vorgaben können die Urheber der NS-Taten – *Hitler, Himmler, Heydrich und andere* – aufgrund ihrer besonderen Stellung und Entscheidungskraft über die Ausführung der Taten und Vorgehensweise als Täter eingeordnet werden. Sieht man die Haupttat im Massenmord, so stellt sich jedoch die Frage, wer dessen Zentralgestalt war. Man müsste hier die Urheber und Planer der Tat als Täter ansehen. Im Ulmer Einsatzgruppenprozess wurden *Hitler, Himmler* und *Heydrich* als „Urheber“ und „Taturheber“ bezeichnet und deren nähere Vertraute als Haupttäter der Vernichtung der Juden angesehen.⁷³ Wählt man einzelne Taten als Anknüpfungspunkt, so sind hier diejenigen als Täter anzusehen, die innerhalb des Geschehens eine überlegene Rolle einnahmen und nicht nur Hilfstätigkeiten ausführten.

III. Objektive Abgrenzungstheorien

1. Formal-objektive Theorie

Die formal-objektive Theorie⁷⁴ forderte für eine Täterschaft die selbstständige oder zumindest überwiegend selbstständige Ausführung der tatbe-

71 LG München II, Urteil v. 12.05.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 Rn. 1184 – juris.

72 LG München II, Urteil v. 12.05.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 Rn. 1184 – juris; in Abgrenzung dazu zum Täterwillen *Hitlers u.a.* vgl. LG München I, Urteil v. 21.01.1965 – 110 Ks 3/64 = JNS, Bd. XX, Nr. 585 a-1, S. 640.

73 LG Ulm, Urteil v. 29.08.1958 – Ks 2/57 = van Dam/Giordano, KZ-Verbrechen vor deutschen Gerichten, Bd. II, S. 53 ff.

74 Namensgebung durch *Birkmeyer*, Deutsches und ausländisches Strafrecht 2, S. 21.

standsmäßigen Handlung. Alle anderen Beteiligten waren dann Teilnehmer.⁷⁵ Heute findet die formal-objektive Theorie keine Anwendung mehr und gilt als überholt,⁷⁶ da ihr Erklärungsansatz den mittelbaren Täter nicht erfassen kann und sie daher nicht mit dem geltenden Recht vereinbar ist.⁷⁷ Im Gegensatz zur formal-objektiven Theorie geht die jüngere materiell-objektive Theorie nicht mehr allein bei selbstständiger Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale von Täterschaft aus. Die formal-objektive Theorie erwies sich als ungeeignet zur Aufarbeitung der NSG. Diese kann nur eine Bestrafung der die NSG selbst unmittelbar Ausführenden erfassen, also derjenigen, die selbst töteten, indem sie Erschießungen durchführten, Zyklon-B in die Gaskammern einführten oder andere unmittelbar zum Tod führende Handlungen vornahmen. Eine Strafbarkeit der Hintermänner wie *Hitler*, *Himmler* oder *Heydrich* oder auch von NS-Schreibtischtätern wäre nach dieser Theorie nicht möglich. Zur Zeit der NSG-Verfahren war die Hochphase der formal-objektiven Theorie zu Anfang des 20. Jahrhunderts bereits vorüber und sie fand nur noch vereinzelt Zuspruch im Schrifttum, so dass, wie sich aus den bisherigen Ausführungen bereits ergibt, deutsche Gerichte die formal-objektive Theorie nicht auf NSG-Taten anwandten.

2. Materiell-objektive Theorie und Tatherrschaftslehre

Der von *Roxin*⁷⁸ stammende Begriff der materiell-objektiven Theorie umfasst solche Theorien, die sich überwiegend an objektiven Kriterien orientieren, um Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen.⁷⁹ So fordert die Notwendigkeitstheorie die Leistung eines unentbehrlichen Tatbeitrags,⁸⁰ während nach der Gleichzeitigkeitstheorie nur eine Mitwirkung

75 *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 408 ff.; *M. E. Mayer*, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 380 ff.; *Mezger*, Strafrecht, S. 444; *v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 211.

76 H. M. zwischen 1915 und 1933; heute nur noch vertreten von *Freund*, AT², § 10 Rn. 35.

77 Dazu ausführlich *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 34 f.

78 *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 38.

79 Ausführlich zu den Theorien *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 38 ff.

80 Eine Unterscheidung zwischen Urhebern und Gehilfen findet sich schon bei *Feuerbach*, Lehrbuch¹⁴, §§ 44, 45, S. 80 ff.; nach *Liepmann*, Einleitung in das Strafrecht, S. 70, sei Täter derjenige, der die entscheidende Bedingung setzt; bei *Kohlrausch*, ZStW 57 (1936), 394, ist Täter, wer sein Tun innerlich auf den Erfolg richtet und „mit dem Bewusstsein von der Unentbehrlichkeit für ihn verbunden

vor und während der Tat benötigt wird.⁸¹ Letztlich durchgesetzt hat sich die Tatherrschaftslehre als eine Ausprägung und Weiterentwicklung der materiell-objektiven Theorien.⁸² Aus der Kritik der Literatur an den subjektiven, aber auch den objektiven Differenzierungsformen entwickelte sich die Tatherrschaftslehre, der die Wissenschaft mittlerweile überwiegend folgt.⁸³ Täter ist, wer als „Zentralgestalt des Geschehens“ den zum Erfolg führenden Geschehensablauf beherrscht oder mitbeherrscht,⁸⁴ das Tatgeschehen „in den Händen hält“⁸⁵ und so über das „Ob“ und „Wie“ der Tatausführung entscheidet. Erstmals trat der Begriff der Tatherrschaftslehre bei *Hegler* auf⁸⁶ und später wurde er auch von *Bruns* zur Abgrenzung verwendet. Sein Grundgedanke war es, dass Täterschaft die Möglichkeit der Tatherrschaft voraussetze.⁸⁷ Nur wenige Jahre später fand der Begriff der Tatherrschaft durch *Welzel*⁸⁸ Eingang in die Strafrechtsdogmatik. Der Durchbruch gelang der Tatherrschaftslehre schließlich durch die Habilitationsschrift „Täterschaft und Tatherrschaft“, in der *Roxin* überzeugend die Vorteile der Abgrenzung nach der Tatherrschaftslehre aufzeigte.⁸⁹ Zwar beschränkt sich der Zuspruch der Tatherrschaftslehre überwiegend auf die

war“. *Roxin* sieht in BGHSt 8, 393, 396, auch eine Anwendung der Notwendigkeitstheorie, indem der BGH die Täterschaft darauf stützt, dass der Handelnde auf die Tat einen „entscheidenden Einfluss hatte: Ohne ihn konnte die Tat nicht geschehen.“ Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 39.

- 81 *Fuchs*, GA 1881, 170. Zur Abgrenzung wurde im 19. Jhd. die Unterscheidung anhand des Zeitpunktes der Mitwirkung sehr häufig vertreten; ausführlich dazu *Birkmeyer*, Deutsches und ausländisches Strafrecht 2, S. 19; dieser nahm die Theorie auch in seinen Gesetzgebungsvorschlag zur Strafrechtsreform von 1909 auf, a. a. O. S. 150 ff.
- 82 Lackner/*Kühl/Heger*, StGB²⁸, Vor § 25 Rn. 4; *Heine/Weißer*, S/S²⁹, Vor §§ 25 ff. Rn. 57; *Rengier*, AT⁸, § 41 Rn. 10.
- 83 *Blei*, AT⁷, § 78, S. 251 f.; *Bloy*, Beteiligungsform, S. 192 ff.; *Jakobs*, AT², 21/32 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT⁶, § 61 V, S. 651 ff.; *Kindhäuser*, AT⁶, § 38 Rn. 43; Lackner/*Kühl/Heger*, StGB²⁸, Vor § 25 Rn. 6; *Samson*, SK⁹, § 25 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT⁴⁶, Rn. 751.
- 84 *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft⁹, S. 25 ff.
- 85 *Maurach*, Allgemeiner Teil⁴, § 49 II C 2.
- 86 *Hegler*, ZStW 37 (1915), 184–223, jedoch ohne ihn zur Abgrenzung der Beteiligungsformen zu verwenden.
- 87 *Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, S. 72 f.; dabei liegt für ihn Tatherrschaft dann vor, wenn die Handlung geeignet sei, „Erfolge der eingetretenen Art herbeizuführen.“; vgl. a. a. O. S. 73.
- 88 *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491, verknüpft dabei die Tatherrschaftslehre mit der Handlungslehre.
- 89 *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; mittlerweile in 9. Aufl. erschienen.

Literatur, aber auch die Strafsenate des BGH greifen auf Elemente der Tatherrschaftslehre zurück.⁹⁰

IV. Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung

1. Allgemeine Entwicklung

Ausgangspunkt der Rechtsprechung des RG und des BGH zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme war die oben beschriebene rein subjektive Betrachtung des RG,⁹¹ die heute von der Rechtsprechung nicht mehr vertreten wird.⁹² Die Entwicklung zur heutigen modifizierten subjektiven Theorie verlief allerdings nicht linear.⁹³ Mittlerweile wird eine Abgrenzung anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung vorgenommen, die subjektiv anhand des *Täterwillens* abgrenzt und dabei objektive Kriterien als Indizien einbezieht.⁹⁴ So finden sich folgende Formulierungen mehrfach zum Teil wörtlich oder in abgewandelter Form wieder, wonach „(...) jeder Mittäter seinen Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des anderen wolle“; „das enge Verhältnis zur Tat“ sei „nach den gesamten Umständen“ in „wertender Betrachtung“ zu bemessen, Anhaltspunkte für die Wertung seien „der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteili-

90 BGH, Urteil v. 15.05.1959 – 4 StR 475/58 = BGHSt 13, 162, 167; BGH, Urteil v. 13.03.1979 – 1 StR 739/78 = BGHSt 28, 346, 349; BGH, Urteil v. 12.02.1998 – 4 StR 428/97 = NJW 1998, 2149, 2150; BGH, Beschluss v. 29.09.2005 – 4 StR 420/05 = NStZ 2006, 94.

91 RG, Urteil v. 18.03.1989 – Rep. 710/98 = RGSt 31, 80, 82; RG, Urteil v. 04.10.1910 – V 950/09 = RGSt 44, 69, 71 f.; RG, Urteil v. 03.05.1932 – I 434/32 = RGSt 66, 236, 240; BGH, Urteil v. 19.12.1952 – 1 StR 353/52 = BGHSt 3, 349, 350; BGH, Urteil v. 21.06.1955 – 2 StR 271/54 = BGHSt 8, 71, 73; BGH, Urteil v. 10.03.1961 – 4 StR 30/61 = BGHSt 16, 12, 14; BGH, Urteil v. 15.05.1959 – 4 StR 475/58 = BGHSt 13, 162, 166.

92 Noch in RG, Urteil v. 19.02.1940 – 3 D 69/40 = RGSt 74, 84 ff. und BGH, Urteil v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 = BGHSt 18, 87 ff.

93 Ausführlich zur chronologischen Entwicklung der Rechtsprechung *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 559 ff.

94 BGH, Urteil v. 10.01.1956 – 5 StR 529/55 = BGHSt 8, 393; BGH, Urteil v. 14.08.1963 – 2 StR 181/63 = BGHSt 19, 135, 138; BGH, Urteil v. 15.09.1988 – 4 StR 352/88 = BGHSt 35, 347, 353 f.; BGH, Urteil v. 13.09.1994 – 1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257, 266 f.; BGH, Urteil v. 06.06.1997 – 2 StR 339/96 = BGHSt 43, 219, 232; BGH, Urteil v. 22.07.1999 – 4 StR 185/99 = NJW 1999, 3131; BGH, Urteil v. 24.10.2002 – 5 StR 600/01 = BGHSt 48, 52, 56; BGH, Urteil v. 02.07.2008 – 1 StR 174/08 = NStZ 2009, 26.

gung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft⁹⁵. Diese Ausschnitte zeigen, dass die subjektive Theorie durch objektive Kriterien erweitert wurde, um so das Gesamtbild der Tat bei der Abgrenzung berücksichtigen zu können. Insgesamt nähert sich die Rechtsprechung damit der Tatherrschaftslehre an. Eine Abgrenzung allein anhand des *Täterwillens* ist nicht mehr Grundlage der Rechtsprechung.⁹⁶

2. Entwicklung bei NSG-Verfahren

Bei der Abgrenzung in den NSG-Verfahren lag das Problem darin, zu ermitteln, wer als Täter und wer nur als Gehilfe einzustufen war. Auffällig bei der Betrachtung der NSG-Verfahren ist, dass lange Zeit fast ausschließlich die subjektive Theorie angewandt wurde, die Täterschaft dann verneinte, wenn kein Täterwille (überwiegend mangels eines eigenen Interesses an der Tat, fehlender Identifikation mit der Rassenideologie oder aufgrund der Befolgung von Befehlen) nachgewiesen werden konnte.⁹⁷ Dies geschah trotz der Fortentwicklung der subjektiven Theorie hin zur modifi-

95 Etwa in BGH, Urteil v. 04.10.1978 – 3 StR 232/78 = NJW 1979, 1259; BGH, Urteil v. 26.11.1986 – 3 StR 107/86 = NStZ 1987, 224, 225; BGH, Beschluss v. 06.10.1989 – 3 StR 80/89 = NStZ 1990, 80, 81; BGH, Urteil v. 10.05.2000 – 3 StR 21/00 = NStZ 2000, 82; BGH, Beschluss v. 07.11.2001 – 1 StR 455/01 = NStZ 2002, 145; BGH, Beschluss v. 14.08.2002 – 2 StR 249/0 = NStZ 2003, 90; BGH, Beschluss v. 22.06.2004 – 4 StR 556/03 = NStZ 2005, 228; BGH, Beschluss v. 29.09.2005 – 4 StR 420/05 = NStZ 2006, 94; BGH, Beschluss v. 30.08.2011 – 3 StR 270/11 = NStZ 2012, 40; BGH, Beschluss v. 08.01.2013 – 5 StR 606/12 = NStZ 2013, 549; BGH, Beschluss v. 27.08.2013 – 2 StR 156/13 = NStZ 2014, 81; BGH, Beschluss v. 12.08.2014 – 4 StR 174/14 = NStZ 2015, 225.

96 Vgl. Heine/Weißer, S/S²⁹, Vor §§ 25 ff. Rn. 63; Schünemann, LK¹², § 25 Rn. 21; Jescheck/Weigend, AT⁶, § 61 V 4, S. 654; Renzikowski, Maurach/Gössel/Zipf, Tb. 2⁸, § 47 Rn. 39; Wessels/Beulke/Satzger, AT⁴⁶, Rn. 749.

97 BGH, Urteil v. 19.12.1950 – 1 StR 20/50 = JNS, Bd. VII, Ldf. Nr. 247d, S. 569 ff.; BGH, Urteil v. 13.02.1951 – 4 StR 62/50 = JNS, Bd. VIII, Nr. 281b, S. 448; BGH, Urteil v. 05.07.1951 – 3 StR 333/51 = JNS, Bd. VIII, Nr. 268b, S. 244; BGH, Urteil v. 29.02.1952 – 2 StR 73/51 = JNS, Bd. IX, Nr. 319c, S. 720; BGH, Urteil v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 = JNS, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff.; BGH, Urteil v. 03.12.1953 – 4 StR 212/53 = JNS, Bd. X, Nr. 323b, S. 52; BGH, Urteil v. 10.12.1963 – 5 StR 423/63 = JNS, Bd. XIX, Nr. 549b, S. 91 f.; BGH, Urteil v. 02.11.1966 – 2 StR 226/66 = JNS, Bd. XX, Nr. 598b, S. 272 ff., 275; BGH, Urteil v. 25.03.1971 – 4 StR 48/69 = JNS, Bd. XXV, Nr. 642b, S. 245; BGH, Urteil v. 11.05.1971 – 1 StR 91/71 = JNS, Bd. XXXIV, Lf. Nr. 735b, S. 347 ff., 351; BGH, Urteil v. 22.01.1986 – 3 StR 475/85 = JNS, Bd. XLVI, Nr. 893b, S. 250.

zierten subjektiven Theorie noch Mitte der 1950er Jahren. In späteren Entscheidungen wurde nicht mehr allein auf den Täterwillen abgestellt, sondern auch auf Kriterien der Tatherrschaft.⁹⁸ Eine klare Linie der Rechtsprechung ist jedoch nicht zu erkennen.⁹⁹ Ist die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme an sich schon schwierig und umstritten, so treten im Bereich der NSG besondere Schwierigkeiten wie die den Verbrechen zugrunde liegenden bürokratischen Organisations- und Befehlsstrukturen hinzu.¹⁰⁰ Die Verantwortlichkeiten waren in diesen Fällen anders verteilt als bei Einzeltaten wie der „gewöhnlichen“ Anstiftung zum Mord.¹⁰¹ Hinter den die Taten unmittelbar Ausführenden stand eine Folge von Befehlen und Hierarchieebenen, deren Gesamtkontext nur schwer vom Strafrecht erfasst werden konnte. Die Rechtsprechung zur Beteiligung an NSG wurde daher schon früh kritisch und als verfehlt betrachtet.¹⁰² Besonders missfielen in vielen Konstellationen die Ablehnung einer Täterschaft bei eigenhändiger Begehung der Tötungen und die Annahme von Beihilfe in Ermangelung des Willens dazu, die Tat als eigene zu wollen. Erfreulicherweise nutzte der 3. Senat das Verfahren gegen *Gröning*, um auch zur bisherigen Einordnung von Täterschaft und Teilnahme zumindest kurz Stellung zu nehmen. Eindeutig seien diejenigen SS-Angehörigen, die an der Rampe Selektionen vornahmen und das Zyklon-B in die Gaskammern einwarfen, als Täter zu bewerten.¹⁰³ Eine vertiefte Analyse der Rechtsprechung kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Jedoch können Gründe für das „Ausweichen“ auf die Beihilfe mitunter in der starren Strafandrohung des § 211 StGB gesehen werden.¹⁰⁴ Ob die Täter-Teilnehmer-Rechtsprechung

98 LG München II, Urteil v. 12.05.2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08 Rn. 1184 – juris.

99 Vgl. *Grünwald*, NJW 2017, 498, 500; *Heynckes*, Täterschaft und Teilnahme bei NS-Tötungsverbrechen, S. 207, ausführlich S. 57 ff.

100 Dazu entwickelte das Schrifttum Lösungsvorschläge, *Roxin* führte eine eigene Figur ein: In organisatorischen Machtapparaten existiere aufgrund der Organisationsherrschaft eine neue Form der mittelbaren Täterschaft; dazu ausführlich *Roxin*, GA 1963, 197 ff.; die Figur des „Täters hinter dem Täter“ weiterentwickelt durch *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, S. 166.

101 Mitteilungen aus dem Bundesarchiv, Themenheft 2008, Die Außenstelle Ludwigsburg, Justizakten aus NSG-Verfahren: Eine quellenkundliche Handreichung für Archivbenutzer, S. 38.

102 *Baumann*, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, S. 267, 283 ff.; *Hanack*, Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher; *Henkys*, Nationalsozialistische Gewaltverbrechen; *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft; *Just-Dahlmann/Just*, Gehilfen, S. 162 ff., 187, 193, 206 ff., 217, 248 f.

103 BGH, Beschluss v. 20.09.2016 – 3 StR 49/16 = NJW 2017, 498 Rn. 20 ff.

104 Ausführlich dazu *Schünemann*, LK¹², § 25 Rn. 57 f.; *Roxin*, LK¹¹, § 25 Rn. 51.

richtig ist, soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein.¹⁰⁵ Vielmehr ist die Abgrenzung der Beteiligungsformen der Ausgangspunkt in der Auseinandersetzung mit der Teilnahmeform der Beihilfe, die den Schwerpunkt der Arbeit darstellt. Ausgehend vom restriktiven Täterbegriff ist Täter nur, wer das tatbestandliche Unrecht verwirklicht. Um die Strafbarkeit auf den Teilnehmer auszudehnen, wie in §§ 26 und 27 StGB vorgesehen, bedarf es einer Begründung, die im Folgenden zu finden versucht wird.

C. Strafgrund der Teilnahme

Das Gesetz erfasst als strafbare Teilnahme nach §§ 26 und 27 StGB nur die vorsätzliche Mitwirkung an einer fremden vorsätzlichen rechtswidrigen Tat durch Bestimmen oder Hilfeleisten.¹⁰⁶ Angelegt im restriktiven Täterbegriff stellt die Teilnahme im Gegensatz zur Täterschaft desjenigen, der unmittelbar den Deliktstatbestand verwirklicht, einen Strafausdehnungsgrund dar, der einer besonderen Begründung bedarf.¹⁰⁷ Die Gründe für die Bestrafung des Teilnehmers sind umstritten. Im Folgenden sollen die verschiedenen Theorien zum Strafgrund der Teilnahme dargestellt und bewertet werden. Dabei stellen sich zwei grundlegende Fragen: Warum ist die Mitwirkung an einer fremden Haupttat strafbar, obwohl sie von der Rechtsverletzung durch die Haupttat abweicht? Und unter welchen Voraussetzungen wird das Verhalten des Teilnehmers bestraft?¹⁰⁸

Trotz unterschiedlicher Ansätze wird ein Bedürfnis danach, die Teilnahme zu bestrafen, allgemein bejaht und vornehmlich im Schrifttum diskutiert.¹⁰⁹ Die Art der Begründung des Strafgrunds der Teilnahme ist wesentlich für die weitere Untersuchung.¹¹⁰ Die Rechtsprechung setzt sich nur selten ausdrücklich mit dem Strafgrund der Teilnahme auseinander.¹¹¹ Vielmehr hält sie am Wortlaut der §§ 26 und 27 StGB fest und nimmt erst

105 Grundlegend zu dieser Problematik *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft.

106 Vgl. §§ 26 und 27 StGB und allgemein als Teilnahme § 28 Abs. 1 StGB.

107 *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht, S. 43; *Lackner/Kühl/Heger*, StGB²⁸, Vor § 25 Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, AT⁶, § 61 III 1., S. 648.

108 *Renzikowski*, *Maurach/Gössel/Zipf*, Tb. 2⁸, § 50 Rn. 9; *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, S. 73 ff.

109 So erkannt von BGH, Urteil v. 06.07.1956 – 2 StR 87/55 = BGHSt 9, 370, 379.

110 Anders als bei *Rogat*, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, S. 6, soll auf eine Darstellung nicht verzichtet werden.

111 Vgl. bereits RG, Urteil v. 17.02.1887 – Rep. 99/87 = RGSt 15, 315, 316, das nur die Mitwirkung und nicht die Schuld oder Mitschuld bestraft.