

Prof. Dr. jur. Cornelius Nestler
Universität zu Köln
Kriminalwissenschaftliches Institut

Prof. Dr. jur. C. Nestler, Bischof-Kindermann-Str. 4, 61462 Königstein

Anschrift:
Bischof-Kindermann-Str. 4
61462 Königstein
e-mail: cnestler@uni-koeln.de

Tel. 06174 255244
Fax: 06174 255241

09. 01. 2017

Landgericht Neubrandenburg
Schwurgericht
Friedrich-Engels-Ring 15-18
17033 Neubrandenburg

111 Js 28220/13

60 Ks 1/15

Strafverfahren gegen **Hubert Ernst Zafke**

- HIER: Stellungnahme zum Schreiben vom 20. 12. 2016 mit Ankündigung des Widerrufs der Nebenklagezulassung.

Abschriften sind der Staatsanwaltschaft und Herrn Ra Walther zugestellt.

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Richter am Landgericht Kabisch,
aus Ihrem einleitenden Satz

„Die Strafkammer wird erneut prüfen, ob die Zulassung der Nebenkläger der Brüder Walter und William Plywaski zu widerrufen ist.“

entnehme ich, dass es sich bei den nachfolgenden in dem Schriftsatz vom 20. 12. 2016 genannten Äußerungen um Überlegungen aller Berufsrichter der Strafkammer handelt. Ich werde diese Überlegung daher im Folgenden als Überlegungen „der Strafkammer“ bezeichnen.

Die Auffassung der Strafkammer beruht auf zwei Argumentationslinien.

Die **erste**, deren Gehalt schon die einleitende Formulierung

- „Zwar hat das OLG Rostock...“

deutlich macht, lautet zusammengefasst, die Entscheidung des OLG vom 23. 02. 2016, mit der der Beschwerde der Nebenkläger gegen den ersten Widerrufsbeschluss der Strafkammer vom 18. 02. 2016 stattgegeben wurde, sei rechtlich falsch.

In der Sache will sich die Strafkammer somit (erneut !) über die Entscheidung des OLG Rostock zur Zulassung der Nebenklage hinwegsetzen. Da die Sachlage seit der Entscheidung des OLG Rostock vom 23. 02 2016 unverändert ist [es hat in dem Strafverfahren bislang keinerlei Beweisaufnahme stattgefunden], läuft dieses Argument schlicht darauf hinaus, dass die Strafkammer die Gelegenheit der zwischenzeitlich erfolgten Aussetzung des Verfahrens dazu nutzen will, (erneut !) gegen die Rechtsauffassung des OLG Rostock seiner eigenen Rechtsauffassung zu folgen.

Somit handelt es sich weder um eine ggf. in jeder Lage des Verfahrens zulässige Prüfung der Nebenklageberechtigung, sondern schlicht um die Absicht, die Entscheidung des OLG Rostock zu missachten.

Es kann daher auch dahinstehen, ob die in dem Schreiben der Strafkammer vom 20. 12. 2016 gegen die Entscheidung des OLG Rostock vorgebrachten Argumente zutreffend sind oder nicht. Darauf kommt es in diesem Verfahrensstadium nicht an. Oder meint die Strafkammer wirklich, die StPO sehe es vor, dass sie unter dem Etikett einer Prüfung von Amts wegen jederzeit und immer wieder, weil ihr die Rechtsansicht des OLG Rostock nicht gefällt, mit irgendwelchen weithin schon einmal vorgetragenen Argumenten gegen die wiederholten Entscheidungen des OLG Rostock die Zulassung der Nebenklage bei unveränderter Sach- und Rechtslage mit dem Argument widerrufen darf, es habe sich nunmehr herausgestellt, dass die Rechtsansicht des OLG Rostock falsch sei ?

Was die Strafkammer hier beabsichtigt, ist schlicht ein Akt der Rechtsverweigerung !

Nun könnte man der Strafkammer immerhin zu Gute halten, die Situation habe sich mit dem Beschluss des 3. Senats des BGH (vom 20. 09. 2016 - 3 StR 49/16 = Strafsache gegen O. Gröning) verändert. So ist wohl das **zweite** Argument zu verstehen, wenn die Strafkammer in dem Schreiben vom 20. 12. 2016 ausführt:

„Darüber hinaus ist die Annahme einer einheitlichen Beihilfehandlung für den hier zu beurteilenden Sachverhalt unzutreffend und **(auch) nach der Entscheidung des 3. Strafsenats (...)** nicht haltbar., [S. 2]

Die folgenden Ausführungen der Strafkammer folgen ersichtlich dem Bestreben, den beabsichtigten Widerruf der Nebenklagezulassung nun doch irgendwie mit einer Änderung der Rechtslage zu begründen. Die Fähigkeit zur nüchternen Analyse der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH bleibt dabei erkennbar auf der Strecke. Denn die Entscheidung des 3. Strafsenats gibt für die Auffassung der Strafkammer nicht das Mindeste her - sondern gerade das Gegenteil.

Ausgangspunkt für die Überlegungen der Strafkammer ist die Äußerung des 3. Senats am Ende seiner Entscheidung:

„Der Senat braucht nicht darüber zu befinden ob die vom Landgericht vorgenommene Bewertung der Unterstützungshandlungen des Angeklagten als eine einheitliche Beihilfe zum Mord in 300.000 rechtlich zusammentreffenden Fällen (§ 52 StGB) zutreffend ist.“ [aaO, Rn 28]

(1) Das erste Argument der Strafkammer lautet nun,

dass dieser „Hinweis überflüssig wäre, wenn der 3. Strafsenat auch die Annahme einer einheitlichen Beihilfehandlung vertreten würde.“

Das ist interessant: Die Richter der Strafkammer wissen also, wie die 5 Richter der Spruchgruppe des 3. Senats des Bundesgerichtshofs die Rechtsfrage entschieden hätten, hätten sie sie denn für entscheidungsrelevant gehalten ? Will die Strafkammer ernsthaft behaupten, es gebe folgende Auslegungsregel: Immer dann, wenn ein Senat des BGH eine in der Rechtsprechung des BGH nicht eindeutig beantwortete Rechtsfrage ausdrücklich nicht für entscheidungserheblich hält und deswegen unbeantwortet lässt, ist er anderer Meinung als das Gericht, zu dessen Urteil seine Entscheidung ergeht. Das ist - gelinde gesagt - absurd.

(2) Das zweite Argument der Strafkammer beginnt mit der Feststellung,

der 3. Senat habe in seiner Entscheidung „ausdrücklich erklärt, sich nicht im Widerspruch mit den Entscheidungen des 2. Strafsenats des BGH vom 20. 02. 1969 (2 StR 280/67) zu befinden.“

Und daran anschließend folgert die Strafkammer:

„Diese letztgenannte Entscheidung befasst sich **jedoch** im Wesentlichen mit der konkurrenzrechtlichen Einordnung massenhafter Tötungen im Konzentrationslager Auschwitz und wendet sich mit gut nachvollziehbarer Begründung gegen den Versuch, Massentötungen als einheitliches Geschehen zu bewerten.“ [Hervorhebung CN].

Diese Darstellung der Entscheidung des 3. Senats durch die Strafkammer will also aus der Tatsache, dass der 3. Senat keinen Widerspruch zu anderer Rechtsprechung und insbes. der Entscheidung des 2. Senats vom 20. 02. 1969 sieht, reklamieren, dass der 3. Senat die konkurrenzrechtliche Beurteilung des 2. Senats in der Entscheidung vom 20. 02. 1969, auf die die Strafkammer sich für ihre Rechtsauffassung beruft, ebenso teilt.

Diese Darstellung ist allerdings eine Verkehrung der Aussagen der Entscheidung des 3. Senats in ihr Gegenteil:

Denn **erstens** bezieht sich die Aussage des 3. Senats, seine Rechtsauffassung stehe nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofs, ausdrücklich auf die zuvor

„unter 2. b) dargelegte Rechtsauffassung des Senats“ [Rn 26].

Unter 2. b) der Entscheidung des 3. Senats geht es aber gerade nicht um die konkurrenzrechtliche Bewertung, sondern unter 2. wird zunächst ausgeführt, dass das Landgericht

„die Tätigkeiten des Angeklagten im Konzentrationslager Auschwitz rechtsfehlerfrei als **Beihilfe** (...) gewertet“ hat [Rn 20, Hervorhebung CN],

und weiter wird unter 2. b) ausgeführt,

dass sich der Angeklagte „auch bezüglich der Opfer, bei deren Eintreffen er keinen Rampendienst versah (...) wegen **Beihilfe** zum Mord strafbar gemacht“ hat [Rn 22, Hervorhebung CN].

Die Feststellung des 3. Senats [unter 3., Rn 26], der Senat befinde sich nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofs, bezieht sich also eindeutig darauf, dass die weite Zurechnung der Tätigkeiten des Angeklagten als strafbare **Beihilfe** keinen Widerspruch zu der Entscheidung insbes. des 2. Senats vom 20. Februar 1969 bedeute.

Und **zweitens** führt der 3. Senat dann aus, dass der 2. Senat eine möglicherweise diesem weiten Verständnis der Beihilfe entgegenstehende Auffassung

„in **anderem rechtlichen** Zusammenhang (konkurrenzrechtliche Beurteilung von massenhaften Tötungen ...)“ [Rn 27; Hervorhebung CN]

geäußert habe und kommt zu dem Ergebnis:

„Dem ist hier indes nicht näher nachzugehen“.

Zusammengefasst: Der 3. Senat stellt allein fest, dass seine Bewertung des Handelns des Angeklagten als **Beihilfe** nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung anderer Senate

steht, und der 3. Senat führt weiterhin aus, dass die „Allerdings“ abweichende Rechtsauffassung des 2. Senats zur konkurrenzrechtlichen Bewertung ergangen ist, die der 3. Senat dann ausdrücklich dahinstehen lässt.

Es ist daher auf der Grundlage einer genaueren Analyse der Entscheidung des 3. Senats auch nicht ansatzweise nachvollziehbar, dass die Entscheidung des 3. Senats irgendein Argument für die Rechtsauffassung der Strafkammer enthält.

(3) Gerade das Gegenteil ist der Fall:

So führt der 3. Senat aus, dass er sich für die Bewertung des Verhaltens des Angeklagten (Gröning)

„schon im Vorfeld, aber auch im Verlauf der ‚Ungarn-Aktion‘ (...) vielmehr in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 2. Strafsenats“ sieht“ [Rn 28].

Bei den beiden dort genannten Entscheidungen handelt es sich um die Urteile vom 22. März 1967 - 2 StR 279/66 und vom 27. Oktober 1969 - 2 StR 636/68.

Das erste Urteil stellt unter 2. [bei juris Rn 20 ff.] für die Tätigkeit des Angeklagten H.(unsche) als Verbindungsmann von Eichmann in Budapest für die Organisation der Deportation der ungarischen Juden nach Auschwitz fest, dass es sich bei den Handlungen des Angeklagten im Hinblick auf die Ermordung der ungarischen Juden während der „Ungarn-Aktion“ sogar trotz der Tatsache, dass seine Tätigkeit während zweier nicht zusammenhängender Zeiträume stattfand, um eine einheitliche Tat der Beihilfe handelt [aaO, Rn 20 sowie erneut Rn 25; ebenso bzgl. des Angeklagten K.(rumey) Rn 45].

Das zweite Urteil, bei dem der 3. Senat ebenfalls ausdrücklich Übereinstimmung seiner rechtlichen Bewertung mit der Rechtsprechung des 2. Senats annimmt, macht noch deutlicher, dass die Logik der Strafkammer

- die Annahme einer einheitlichen Beihilfehandlung ist unzutreffend
- das entspricht auch der neueren Entscheidung des 3. Senats
- denn dieser schliesst sich der Rechtsprechung des 2. Senats an
- die eine einheitliche Beihilfehandlung ablehnt

die Bezugnahme des 3. Senats in ihr Gegenteil verkehrt.

Bei dieser Entscheidung des 2. Senats vom 27. Oktober 1969 ging es um Mordtaten im KZ Mauthausen und u.a. um folgende Vorwürfe:

„9. und 10. In der Zeit von August 1941 bis Frühjahr oder Sommer 1942 wurden mindestens 2000, von April bis Dezember 1944 mindestens weitere 3000 kranke Häftlinge im Rahmen der sog. Häftlingseuthanasie in der Tötungsanstalt Hartheim durch Giftgas getötet. Der Angeklagte war von Anfang an über die Aktionen unterrichtet. Er organisierte und beaufsichtigte die zur Vertuschung der Aktionen erforderlichen Büroarbeiten“ [aaO, Rn 9; das ist die Rn, auf die auch der 3. Senat in Rn 28 seiner Entscheidung verweist].

Zur rechtlichen Bewertung führt der 2. Senat dann aus:

„Bei diesen Tötungen hat der Angeklagte in Kenntnis aller Tatumstände durch seine, wie er wußte, von vornherein in den Tatplan einbezogene Tätigkeit (Verschleierung der Tötungen nach außen hin) freiwillig mitgewirkt. Der

Schuldumfang ist, obwohl das Schwurgericht auch hier von einer unbestimmten Vielzahl spricht, mit mindestens 2000 Opfern während des ersten Abschnitts der Aktion und mindestens 3000 Opfern während des zweiten Abschnitts einwandfrei festgestellt (UA S.376, 377)“ [aaO, Rn 51; das ist die zweite Rn, auf die der 3. Senat in Rn 28 seiner Entscheidung verweist].

Der 2. Senat hat somit in dieser Entscheidung vom 27. Oktober 1969 die Tätigkeit des Angeklagten über jeweils einen bestimmten Zeitraum hin als eine tateinheitliche Beihilfe zu den in diesem Zeitraum vorgenommenen Tötungen bewertet.

Wenn der 3. Senat sich bei seiner rechtlichen Bewertung ausdrücklich in Übereinstimmung mit dieser Entscheidung sieht, erklärt er genau das Gegenteil von der Aussage [keine einheitliche Beihilfehandlung], die die Strafkammer der Entscheidung des 3. Senats entnehmen will.

Ergebnis:

Entgegen der von der Strafkammer vorgetragenen Auffassung spricht die Entscheidung des 3. Senats vom 20. September 2016 nicht dagegen, die dem Angeklagten Zaffke vorgeworfene Tathandlung als eine einheitliche Beihilfehandlung zu werten, sondern sogar eher dafür.

Die für die Zulassung der Nebenklage entscheidende Frage ist somit immer noch exakt die gleiche, wie sie in der Beschwerdeentscheidung des OLG Rostock vom 23. 02. 2016 mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass es auf eine endgültige Bewertung der konkurrenzrechtlichen Fragen für die Berechtigung der Zulassung als Nebenkläger nicht ankomme, eindeutig beantwortet wurde:

„Maßgeblich ist allein, dass der Angeklagte in einem bestimmten, von der Anklage erfassten Zeitraum seinen Dienst in Auschwitz-Birkenau verrichtet hat und die Mutter des Nebenklägers in diesem Zeitraum dort ermordet worden ist“ [aaO, unter 3., S. 3].

Zwischenzeitlich sind weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen neue Argumente hinzugekommen, die die abweichende Auffassung der Strafkammer stützen. Für eine erneute Prüfung durch die Strafkammer gibt es nicht den mindesten Anlaß - außer dem, dass die Strafkammer die Entscheidung des OLG Rostock (weiterhin) nicht hinnehmen will.

Schlussbemerkung:

Mit dem von der Strafkammer beabsichtigten Widerruf der Zulassung der Nebenklage der Brüder Walter und William Plywaski würden sich die Mitglieder der Strafkammer wegen einer strafbaren Rechtsbeugung gem. § 393 StGB strafbar machen.

Zwar lässt sich zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht sicher davon ausgehen, dass die Richter der Strafkammer den Vorsatz hinsichtlich einer Rechtsbeugung haben. Nach Kenntnisnahme der voranstehenden Ausführungen wäre dieser Vorsatz aber anzunehmen. Denn dann ist den Berufsrichtern die rechtliche Unvertretbarkeit des Widerrufs der Nebenklage zur Kenntnis gebracht. Damit müssen sie die rechtliche Unvertretbarkeit der beabsichtigten Entscheidung für möglich halten, und wenn sie gegen diese Einsicht entscheiden, dann nehmen sie die rechtliche Unvertretbarkeit ihrer Entscheidung auch in Kauf, was für den Rechtsbeugungsvorsatz ausreicht (vgl. zu den Vorsatzvoraussetzungen bei § 339 StGB Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 339, Rn 40).

Mit freundlichen Grüßen

(Cornelius Nestler)