

# **Tatnachweis der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Belehrungsvorschrift in § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO (Verteidigerbetellung)**

**Jan C. Schuhr**

## **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Schuhr, Jan C. 2016. "Tatnachweis der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Belehrungsvorschrift in § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO (Verteidigerbetellung)." *Juristische Rundschau* 2016 (5): 264–73.  
<https://doi.org/10.1515/juru-2016-0035>.

## **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**



# Tatnachweis der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Rechtsfolgen eines Verstoßes gegegen die Belehrungsvorschrift in § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO (Verteidigerbettlung)

OLG Köln, Beschl. v. 12. 6. 2015 – 2 Ws 127/15

DOI 10.1515/juru-2016-0035

## StPO § 203; StPO § 136 Abs. 1 Satz 3

**1. Zu den im Rahmen der Eröffnungsentscheidung nach § 203 StPO zu stellenden Anforderungen an den Tatnachweis einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Massenverbrechen wie Erschießungen durch Soldaten der deutschen Wehrmacht während des 2.-Weltkriegs-Massaker von Oradour-sur-Glane. (LS des Senats)**

**2. Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 3 StPO über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung führt nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage. (LS des Herausgebers)**

OLG Köln, Beschl. v. 12. 6. 2015 – 2 Ws 127/15

## Tenor

Die sofortigen Beschwerden<sup>1</sup> werden als unbegründet verworfen.

## Gründe

### A.

**1** Historischer Hintergrund des Verfahrens ist das von Soldaten der Deutschen Wehrmacht am 10. Juni 1944 in der Ortschaft Oradour-sur-Glane (im Folgenden: Oradour) in Frankreich an der Zivilbevölkerung verübte Massaker, dem 642 Menschen zum Opfer gefallen sind. Die Staats-

anwaltschaft D. legt dem Angeklagten in der Anklageschrift vom 13. 12. 2013 Mord in mindestens 25 Fällen sowie Beihilfe zum Mord in mehreren 100 Fällen zur Last. Der Anklagevorwurf lautet – wörtlich –:

**2** »Der Angeklagte war zur Tatzeit Angehöriger der 3. Kompanie des I./SS Pz.Gren.Rgt 4 »Der Führer«. In den Vormittagsstunden des 10. 6. 1944 gab in dem Ort St. Junien/Frankreich der Bataillonskommandeur des I. Bataillons des I./SS-Pz.Gren.Rgt 4 »Der Führer«, SS-Sturmbannführer D., an den Kompaniechef K. und die Zugführer der 3. Kompanie den Befehl, dass die in der Nähe liegende Ortschaft Oradour-sur-Glane/Frankreich als Sühnemaßnahme für die vermeintliche Entführung des Bataillonskommandeurs des 111. Bataillons des SS-Pz.Gren. Rgt. 4 »Der Führer« durch Partisanen sowie aus Gründen der Abschreckung vernichtet und alle Einwohner, vom Säugling bis zum Greis, getötet werden sollen....

**4** Der Angeklagte gehörte der 5. Gruppe des 2. Zuges an, deren Gruppenführer SS-Unterscharführer S. war. S. gab dann an seine Gruppe folgenden Befehl: »Wir gehen nach Oradour rein. Wir holen die Frauen, die Kinder und die Männer aus den Häusern und treiben sie auf dem Marktplatz zusammen. Wenn ihr in die Häuser geht, wenn ihr ein Kind, einen Mann oder eine Frau seht oder jemand, der krank ist, dann tötet ihn direkt im Bett.« Die 5. Gruppe des 2. Zuges ist im Anschluss daran geteilt worden. Der Angeklagte hat nach der Teilung der Gruppe dem Gruppenteil angehört, der von S. selbst geführt worden ist. Diese Teilgruppe näherte sich aus südlicher Richtung dem Ort und durchsuchte zunächst den Bauernhof Picat, um die Bewohner zum Marktplatz zu bringen. S. hat auf dem Hof eine 65–70 Jahre alte gehbehinderte Frau erschossen. Die übrigen Bewohner des Hofs wurden von dem Angeklagten und den Soldaten der Teilgruppe S. zusammengetrieben und zum Marktplatz verbracht. Im weiteren Einsatzverlauf ist die gesamte Bevölkerung auf dem Marktplatz des Ortes versammelt worden. Hier haben die Sol-

<sup>1</sup> Der Staatsanwaltschaft und von Nebenklägern gegen den Beschluss des Landgerichts, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen.

daten Frauen/Kinder und Männer voneinander getrennt. Mit der wahrheitswidrigen Begründung, den gesamten Ort nach Waffen durchsuchen zu wollen, sind einige Zeit später die Frauen und die Kinder von dem Marktplatz in die Kirche des Ortes gebracht worden, ehe die Männer im Folgenden in vier Gruppen mit mindestens 15–20 Personen aufgeteilt und von den jeweiligen Erschießungskommandos in vier Scheunen/Garagen des Ortes geführt worden sind.

**5** Mit der Durchführung der Erschießungen in dem Weinlager »Denis« ist die 5. Gruppe des 2. Zuges unter dem Kommando von S. beauftragt worden. Vor den Scheunen stellten der Angeklagte als MG-Schütze 1 und der weitere MG-Schütze der Gruppe ihre Maschinengewehre auf und schossen nach einem Signal von K. auf die in der Scheune befindlichen mindestens 25 Männer, die nur zum Teil tödlich getroffen wurden. Anschließend schoss ein Angehöriger der Gruppe mit einer Pistole auf noch lebende Opfer, die auch dadurch nur zum Teil tödlich getroffen worden sind. Anschließend steckten sie das Weinlager »Denis« in Brand, wodurch sofern zu diesem Zeitpunkt noch lebende Opfer in der Scheune getötet worden sind.

**6** Im Anschluss daran begaben sich der Angeklagte und die übrigen Angehörigen der 5. Gruppe zur Kirche von Oradour-sur-Glane. Dort hatten andere Angehörige der 3. Kompanie (Kompanietrupp) zunächst vermutlich mit Sprengstoff versucht, alle in der Kirche eingesperrten Frauen und Kinder zu töten. Nachdem dieses Vorgehen einige der Frauen und Kinder überlebt hatten, versuchten Angehörige der 3. Kompanie nunmehr die noch Lebenden mittels automatischen Waffen und Handgranaten zu töten. Auch dieses Massaker überlebten einige. Schließlich haben Soldaten der 3. Kompanie Brennmaterial in Form von Reisigbündeln in die Kirche getragen und diese in der Folge angezündet. Dadurch sind die übrigen noch lebenden Frauen und Kinder getötet worden.

**7** Der Angeklagte hat in Kenntnis und Billigung dieser Tötungshandlungen in dieser Zeit mit seiner Gruppe in der Nähe und Sichtweite der Kirche entweder Absperr- und/oder Bewachungsaufgaben wahrgenommen und/oder darüber hinaus Brennmaterial in die Kirche getragen.

**8** Insgesamt sind 642 Einwohner des Ortes Oradour-sur-Glane getötet worden, darunter 207 Kinder und 254 Frauen.«

**9** Die 4. große Strafkammer als 1. große Jugendkammer des Landgerichts K. hat die Eröffnung des Hauptverfahrens mit Beschluss vom 9. 12. 2014 aus tatsächlichen Gründen abgelehnt....Sodann hat die Strafkammer im einzelnen ausgeführt, es bestehe keine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte, der sich zu den gegen

ihm konkret erhobenen Tatvorwürfen bestreitend eingelasen habe, der angeklagten Taten mit den zur Verfügung stehenden Beweismitteln im Rahmen einer Hauptverhandlung überführt werden könne. Die vorliegenden Zeugenaussagen sowie das übrige Ermittlungsergebnis seien nicht geeignet, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Strafbarkeit des Angeklagten zu begründen und ließen die von der Staatsanwaltschaft Dortmund gezogenen Rückschlüsse mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit nicht zu.

## B.

**16** I. Der von dem Nebenkläger zu 6) mit Schriftsatz vom 09.01.2015 erklärte Anschluss an die Beschwerde der Staatsanwaltschaft sowie der »diesbezüglichen Nebenkläger« stellt kein eigenständiges Rechtsmittel dar, das im übrigen auch unzulässig wäre, da der Schriftsatz erst am 09.01.2015 und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingegangen worden ist. Ein Anschlussrechtsmittel – das auch im Zivilprozess nur für den Gegner des Rechtsmittelnehmers statthaft ist – sieht die Strafprozessordnung nicht vor.

**17** II. Die übrigen Rechtsmittel sind gemäß §§ 210 Abs. 2, 400 Abs. 2 S. 1 StPO statthaft und form- und fristgerecht (§ 311 Abs. 2 StPO) eingelegt worden.

**18** Sie haben in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Eröffnung des Hauptverfahrens im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Der Senat tritt der Entscheidung bei, allerdings mit teilweise abweichender Begründung.

**19** 1) Nach § 203 StPO ist das Hauptverfahren zu eröffnen, wenn aufgrund vorläufiger Tatbewertung hinreichender Tatverdacht besteht. Dabei muss die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung nicht den Grad des dringenden Tatverdachts im Sinne des § 112 StPO erreichen. Die Eröffnung des Hauptverfahrens kommt nicht in Betracht, wenn bei unterstellter konstanter Beweislage ein Freispruch wahrscheinlicher ist als eine Verurteilung. Für den Zweifelssatz ist bei dem Wahrscheinlichkeitsurteil noch kein Raum (vgl Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57.Aufl., § 203 Randnr. 2; KK-Schneider, StPO, 7. Aufl., § 203 Randnr. 4).

**20** Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze besteht bei Ausschöpfung aller Erkenntnisse keine ausreichende Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung des Angeklagten. Der Senat kommt insoweit zu keinem anderen Ergebnis als das Landgericht.

**21** a) Mit dem Landgericht ist zunächst davon auszugehen, dass die anzunehmende Anwesenheit des Angeklagten als Angehöriger der 3. Kompanie des I./SS Pz.Gren. Rgt 4 »Der Führer« in Oradour am Tag des Massakers für

sich genommen für die Zulassung der Anklage nicht genügt. Davon geht auch die Staatsanwaltschaft in ihrer Anklageschrift nicht aus.

**22** Erforderlich ist vielmehr die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Nachweises einer individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit für einzelne Tötungsdelikte, die unter konkreter Beteiligung des Angeklagten begangen worden sind, was nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich auch für Massenverbrechen wie Erschießungen durch Soldaten der deutschen Wehrmacht während des 2. Weltkriegs gilt (vgl. BGH, Urteil vom 21. 12. 1983 – 3 StR 330/83 –, zit. nach juris).

**23** b) Soweit das Landgericht München II mit nicht rechtskräftig gewordenem Urteil vom 12. 5. 2011 (Az 1 Ks 115 Js 12496/08; »Demjanjuk«, zit. nach juris) zu einer Verurteilung des dortigen Angeklagten gekommen ist, weil es (allein) dessen Tätigkeit im Wach-/Bereitschaftsdienst in einem Konzentrationslager ohne weiteren konkreten Tatnachweis für ausreichend erachtet hat, hat das Landgericht diese – vom BGH nicht überprüfte – Rechtsprechung mit Recht als auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar angesehen. Das in Oradour von Soldaten der deutschen Wehrmacht verübte Massaker stellte sich auch aus damaliger Sicht als vom Kriegsvölkerrecht nicht gerechtfertigte Repressalie der Zivilbevölkerung außerhalb eines regulären Kampfgeschehens dar. Nach den Ermittlungen soll das Geschehen von der Wehrmachtsführung nicht gebilligt worden sein, weswegen gegen den Bataillonskommandeur D. wegen des von ihm erteilten Befehls zur Durchführung der Aktion ein Kriegsgerichtsverfahren eingeleitet werden sollte, wozu es nicht mehr kam, da D. kurz darauf fiel.

**24** Das Geschehen von Oradour ist daher nicht mit dem von vornehmerein allein auf Vernichtung angelegten Organisationsapparat eines Konzentrationslagers zu vergleichen, bei dem die verbrecherischen Geschehnisse und Abläufe täglich dieselben waren und daher auch den Bediensteten bekannt gewesen sein mussten. Gegen diese rechtliche Bewertung hat sich auch die Staatsanwaltschaft mit ihrer Beschwerdebegründung nicht gewandt.

**25** c) Bei der Eröffnungsentscheidung muss als historischer Hintergrund bedacht werden, dass das Massaker in Oradour nicht das Werk Einzelner war, sondern von einer Kompanie der Waffen-SS mit einer Personalstärke von bis zu 150 Mann verübt worden ist, in der das Prinzip von Befehl und unbedingtem Gehorsam galt. Das lässt es als schwer vorstellbar erscheinen, dass einzelne Angehörige der Kompanie sich der Verstrickung in das Massaker haben entziehen können. Solche Erwägungen können indes den strafrechtlich erforderlichen individuellen Tatnachweis einer konkreten Beteiligung des Angeklagten an

der Erschießung von männlichen Dorfbewohnern bzw. an der Tötung von Frauen und Kindern nicht entbehrlich machen.

**26** d) Es ist für eine Zulassung der Anklage mithin unabweisbar, in beiden Anklagepunkten einen Tatnachweis für ein konkretes, strafrechtlich relevantes Verhalten als hinreichend wahrscheinlich anzusehen. Das ist auch aus Sicht des Senats im Ergebnis nicht möglich, wenngleich nach Auffassung des Senats weitergehende Feststellungen zu Lasten des Angeklagten möglich erscheinen, als dies das Landgericht angenommen hat.

**27** Die Möglichkeit von Feststellungen eines konkreten strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens des Angeklagten wird allerdings dadurch besonders erschwert, dass im Rahmen der jahrelangen umfangreichen Ermittlungen von keiner der vernommenen Personen jemals ein konkreter Hinweis auf die Person des Angeklagten erfolgt ist. Sein Name ist von keinem der in Oradour anwesenden Kompanieangehörigen, die im Laufe des Ermittlungsverfahrens dazu gehört worden sind, genannt worden. Es fehlen auch Hinweise auf eine konkret beschriebene, mit Namen aber nicht bekannte Person, die ggfs mit dem Angeklagten in Verbindung gebracht werden könnte. Erst recht gilt dies für konkrete ihn belastende Vorwürfe einer wie auch immer gearteten Beteiligung an den Tötungshandlungen.

**28** Für diesen Befund gibt es allerdings nachvollziehbare historische Erklärungen: So kann er etwa darauf beruhen, dass der Angeklagte – unabhängig von geringfügigen Zeitdifferenzen zwischen seinen Angaben und den Erkenntnissen der Ermittlungsbehörden – erst wenige Tage vor dem Massaker von Oradour wieder zu seiner früheren Einheit zurückgekehrt ist. Hinzu kommt, dass seine Zugehörigkeit zur Kompanie schon wenige Wochen nach dem Geschehen in Oradour durch seine Gefangenschaft in der Normandie geendet haben soll. Schließlich kann nicht verkannt werden, dass zum fraglichen Zeitpunkt ohnehin kriegsbedingt eine hohe Fluktuation in der Kompanie herrschte. Dies alles mag dazu geführt haben, dass der Angeklagte anderen Mitgliedern dieser Einheit nicht näher bekannt und keine Erinnerung an ihn vorhanden war.

**29** Es bedarf keiner näheren Begründung, dass mit diesen Erklärungsversuchen die dargelegten Erkenntnisdefizite nicht beseitigt werden können.

**30** Sie führen jedenfalls im Ergebnis dazu, dass (wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat) im vorliegenden Fall – unabhängig von den ohnehin schwierigen Erkenntnismöglichkeiten betreffend so lange zurückliegenden historischen Ereignissen – in einer durchzuführenden Hauptverhandlung kaum über den Inhalt der Akten hi-

nausgehende Erkenntnisse zu einer konkreten Beteiligung des Angeklagten an Tötungshandlungen zu erwarten sind.

**31** Dies vorausgeschickt erscheinen – teilweise abweichend von der Bewertung des Landgerichts – folgende Feststellungen gleichwohl möglich, die jedoch den Beschwerden letztlich nicht zum Erfolg verhelfen:

**32** A) Zum Vorwurf des gemeinschaftlichen Mordes in mindestens 25 Fällen

**33** (Erschießungen am Weinlager »Denis«):

**34** 1. Der Angeklagte, der mutmaßlich der 5. Gruppe des II. Zuges angehörte und in diesem Zug grundsätzlich als MG 1 – Schütze eingesetzt war, war am Tattag in Oradour. Er hat dort während des Einsatzes auf dem Bauernhof »Picat« die Erschießung einer älteren Frau durch seinen Gruppenführer mit erlebt. Davon geht der Senat aus. Dass der Angeklagte dafür strafrechtlich mitverantwortlich sein könnte, ist allerdings letztlich ebenso wenig nachweisbar, wie seine konkrete Beteiligung an den in der Anklageschrift vorgeworfenen Mordtaten.

**35** 2. Der Angeklagte hat lange vor Bekanntwerden der sog. Kompanieliste (im Jahre 2010) bereits bei seiner Vernehmung vom 21. 8. 1979 eingeräumt, in Oradour als MG-Schütze eingesetzt gewesen zu sein und hat dies bei seiner Vernehmung am 9. 11. 2011 nochmals bestätigt. Des Rückgriffs auf die sog. Kompanieliste bedarf es zur Feststellung dieser Tatsache daher nicht, die die diesbezügliche Angabe des Angeklagten aber immerhin bestätigt und ihn als MG-Schützen 1 ausweist. Die Kompaniezugehörigkeit des Angeklagten wird außerdem durch die Liste über Ersatzmannschaften vom 24. 5. 1944 belegt, in der er namentlich aufgeführt wird. Dieser Liste hat das Landgericht insoweit zu Unrecht keine ausreichende Bedeutung beigemessen: dabei wurde unzureichend berücksichtigt, dass in der Liste auch die für die jeweilige Kompanie vergebene Feld-Postnr. angegeben ist – hier: Feld-Postnr. 15807 D für die hier in Rede stehende 3. Kompanie des SS-Pz.Gren.Rgt.4 »Der Führer« (vgl. den Vermerk des LKA NRW vom 6. 2. 2015, S. 32).

**36** 3. Auch die Zugehörigkeit des Angeklagten zu der am Weinlager »Denis« zur Erschießung von männlichen Einwohnern mutmaßlich eingesetzten 5. Gruppe des II. Zuges erscheint noch hinreichend beweisbar...

**37** a) Die 5. Gruppe stand mutmaßlich unter der Führung des SS-Unterscharführers S. (Schreibweise gemäß der Kompanieliste), wie die beiden verstorbenen Zeugen L. und O. am 22. 11. 1945 bzw. 21. 4. 1948 und auch danach noch mehrfach in Übereinstimmung mit der Kompanieliste ausgesagt haben. L. und O. haben sich darüber hinaus auch wechselseitig als Angehörige der 5. Gruppe benannt

(Vernehmung L. vom 20. 1. 1948, Vernehmung O. vom 21. 4. 1948). Dass L. und O. in der Kompanieliste als Angehörige der 5. Gruppe nicht aufgeführt sind (aber auch an anderer Stelle auf der Liste nicht), steht dem unter diesen Umständen nicht entgegen. Die Kompanieliste beansprucht auch aus Sicht der Staatsanwaltschaft keine vollständige Übereinstimmung mit den am 10. 6. 1944 in Oradour tatsächlich eingesetzten Soldaten. Insoweit misst das Landgericht der Kompanieliste eine Bedeutung zu, die ihr bereits aus Sicht der Anklage nicht zukommt. Mit Unstimmigkeiten zwischen Zeugenaussagen von Kompanieangehörigen einerseits und der Kompanieliste andererseits können die Angaben der Zeugen L. und O. zu ihrer Einheitszugehörigkeit und zu S. als Gruppenführer daher nicht durchgreifend in Frage gestellt werden. Das gilt insbesondere wegen des einschneidenden, von O. und L. übereinstimmend geschilderten Vorfalls am Gehöft »Picat«, bei dem S. den Zeugen O. mit einem Querschläger verwundete, als er eine dort angetroffene ältere Frau erschossen haben soll. Auf die Person S. deutet im übrigen die Aussage des Angeklagten selbst hin, wonach der Gruppenführer Berliner Mundart gesprochen habe. Nach den Ermittlungsergebnissen stammte von den Gruppenführern der Kompanie nur S. aus Berlin. Die Annahme des Landgerichts, auch der aus Wittenberg in Sachsen-Anhalt stammende Gruppenführer T. könne Berliner Dialekt gesprochen haben, ist nach der vom LKA eingeholten Auskunft zur in Wittenberg gesprochenen Mundart unzutreffend und kaum geeignet, die Angabe des Angeklagten zu entkräften.

**38** b) Dass den Zeugen L. und O. der Angeklagte namentlich nicht bekannt war, steht der Annahme seiner Zugehörigkeit zur 5. Gruppe nicht entscheidend entgegen, wohl aber der Feststellung seiner konkreten Aufgabe und Rolle im Rahmen des Massakers. Der Umstand, dass der Angeklagte von seiner Person her niemandem in Erinnerung gewesen ist, ist wie bereits erwähnt, hinreichend damit zu erklären, dass der Angeklagte seinen eigenen Angaben zufolge erst drei Tage vor dem Tattag zu seiner früheren Einheit – der 3. Kompanie – zurückgekehrt war. Man musste ihn daher, auch wegen kriegsbedingter Ausfälle und Zuführung von Ersatzmannschaften nicht unbedingt namentlich kennen, zumal die elsässischen Soldaten, zu denen L. und O. gehörten, sich eher abseits von den deutschen Soldaten hielten. Der Zeuge O. hat im übrigen mehrfach auf zwei oder drei deutsche Soldaten verwiesen, die sich – neben S. – bei der von diesem angeordneten Zweiteilung der von ihm geführten Teilgruppe zum Durchkämmen der Felder nach Dorfbewohnern bei ihm befunden hätten; unter diesen Soldaten kann sich denkbar der Angeklagte befunden haben (Aussa-

gen vom 21. 4. 1948 und vom 19. 1. 1953, die das Landgericht in diesem Punkt soweit ersichtlich nicht gewürdigt hat).

**39** c) Ein weiterer Anhaltspunkt für die Zugehörigkeit des Angeklagten zur 5. Gruppe des II. Zuges ist seine im Rahmen der letzten Vernehmung am 11. 9. 2013 erstmals gemachte Angabe, er sei bei der Erschießung der älteren Frau auf dem Hof »Picat« anwesend gewesen und habe die Schüsse gehört, die sein Gruppenführer abgegeben habe und habe in diesem Zusammenhang auch Kenntnis von der Verwundung eines Soldaten durch einen Querschläger – was sich mit den übereinstimmenden Schilderungen von L. und O. weitgehend deckt.

**40** Durchgreifende Bedenken gegen die Verwertbarkeit der Aussage des Angeklagten vom 11. 9. 2013 bestehen nicht.

**41** Der den Vernehmungsbeamten am 11. 9. 2013 unterlaufene Verstoß gegen die erst kurz zuvor durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 2. 7. 2013 eingeführte Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 3 StPO über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung, die gem. § 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO auch für polizeiliche Vernehmungen gilt, führt nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 136 Randnr. 21). Der Bestimmung kommt erheblich geringere Bedeutung als der – hier ordnungsgemäß vorgenommenen – Belehrung über das Recht zur Verteidigerkonsultation gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu, weil die Bestellung eines Pflichtverteidigers während des Vorverfahrens bis zum Abschluss der Ermittlungen grundsätzlich nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgt, so dass ein Antrag des Beschuldigten in diesem Verfahrensstadium lediglich als Anregung an die Staatsanwaltschaft, einen solchen Antrag zu stellen, zu behandeln ist (vgl. Empfehlungen des Rechtsausschusses 816/1/12, S. 3).

**42** Die im Verteidigerschriftsatz vom 31. 3. 2014 erhobenen Vorwürfe, der Angeklagte habe sich durch die Vorhalte der Vernehmungsbeamten überrollt gefühlt und habe nach stundenlanger Vernehmung, bei der er das gesagt habe, was man von ihm hören wollen, das umfangreiche Protokoll in erschöpftem Zustand unterschrieben, ohne es vorher nochmals konzentriert zu lesen, begründen ein Verwertungsverbot ohne nähere Aufklärung des Hergangs der Vernehmung in einer Hauptverhandlung ebenfalls nicht. Das Landgericht durfte sich insoweit nicht auf die einseitige Darstellung der Verteidigung stützen, da für den Zweifelssatz bei dem für die Eröffnungsentscheidung zu treffenden Wahrscheinlichkeitsurteil noch kein Raum ist. Zum Verlauf der Vernehmung enthält der Vermerk des LKA NRW vom 12. 9. 2013 (Bl. 4113 ff.) detaillierte Ausfüh-

rungen, die auf eine faire Gestaltung der Vernehmung hindeuten, und denen durch Anhörung der Vernehmungsbeamten im Zweifel nachgegangen werden müsste.

**43** Der Aussage vom 11. 9. 2013 ist nach Auffassung des Senats jedenfalls insoweit Gewicht beizumessen, als der Angeklagte unter dem Eindruck der ihm von den Vernehmungsbeamten vorgehaltenen Rekonstruktion des Tatgeschehens (vgl. dazu Bd. 11 Bl. 4104 ff., 4113 ff.) emotional sichtlich getroffen erstmals sein Schweigen gebrochen hat mit den Worten:

**44** »Oh je, was hat der Adolf mir da nur eingebrockt. Es stimmt, ich habe das zwar nicht gesehen, ich war aber dabei.... Ich habe damit immer ein Riesenproblem gehabt, deshalb habe ich das nie gesagt und immer erklärt, dass ich nur Posten gestanden habe....«.

**45** Diese Äußerungen enthalten freilich kein Geständnis. Dass der Angeklagte mit ihnen eingeräumt haben dürfte, bei früheren Vernehmungen über seine tatsächliche Rolle in Oradour die Unwahrheit gesagt zu haben, geht über diese Erkenntnis nicht hinaus.

**46** e) Aus den nachweisbaren Umständen, nämlich der Anwesenheit des Angeklagten auf dem Hof »Picat« und seiner Zugehörigkeit zur 5. Gruppe des II. Zuges sowie seiner grundsätzlichen Funktion als MG Schütze 1 lässt sich – abweichend von der Auffassung der Staatsanwaltschaft D. – allerdings nicht der notwendige Schluss auf eine konkrete Beteiligung des Angeklagten an den nachfolgenden Mordtaten ziehen.

**47** Dabei verkennt der Senat – wie bereits eingangs erwähnt – nicht, dass aufgrund insoweit fehlender Einlassung und mangels sonstiger Erkenntnismöglichkeiten nur schwer vorstellbar ist, wie es dem Angeklagten gelungen sein könnte, sich in der Folgezeit nicht in strafrechtlich vorwerfbarer Weise in Schuld zu verstricken.

**48** Gleichwohl ersetzt dies nicht den erforderlichen Nachweis eines individuellen strafrechtlichen Verhaltens; es wird nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit festgestellt werden können, dass der Angeklagte es war, der im Weinlager »Denis« persönlich mit einem Maschinengewehr Dorfbewohner erschossen hat. Festzustellen ist auch nicht, durch welchen sonstigen Tatbeitrag er für diese Erschießungen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnte. Eine durchzuführende Hauptverhandlung lässt hierzu keine weiteren Erkenntnisse erwarten.

**49** Insoweit darf nämlich nicht verkannt werden, dass der verstorbene Zeuge L., der nach eigenen Angaben an der Erschießung männlicher Einwohner am Weinlager »Denis« persönlich teilgenommen hat und der dafür auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden ist, bei

zeitnahen – erstmals am 20. 11. 1945 – Vernehmungen andere Personen als MG Schützen der 5. Gruppe des II. Zuges benannt hat.

**50** Bei dieser Vernehmung hat er ausdrücklich und mehrfach die Soldaten F. und G. als diejenigen MG-Schützen seiner Gruppe benannt, die unter dem Kommando von S. eine Gruppe von etwa 15 Männern erschossen haben sollen. Bei den weiter anwesenden Soldaten soll es sich – der Reihe nach aufgeführt – neben S. um einen mit einer Maschinenpistole bewaffneten Obergefreiten, an dessen Namen zunächst keine Erinnerung bestand, und sodann um die deutschen SS-Soldaten H. (mit einer Pistole bewaffnet), B., H. und M. gehandelt haben. Bei seiner Vernehmung vom 20. 1. 1948 hat L. diese Aufstellung wiederholt und noch den Namen eines Deutschen »G.« erwähnt. Als MG-Schützen hat Lohner ausdrücklich erneut die Soldaten F. und G. bezeichnet. Soweit L. bei seiner Vernehmung vor dem Militärtribunal in Bordeaux am 19. 1. 1953 angab, sich in der Person des G. nicht mehr sicher zu sein, kommt dem schon wegen des zunehmenden zeitlichen Abstands zum Geschehen keine maßgebliche Bedeutung zu und belastet jedenfalls den Angeklagten nicht. Die anfänglichen Angaben von L. decken sich im übrigen mit der Schilderung des gleichfalls verstorbenen Zeugen O., der bei seiner ersten ebenfalls noch zeitnahen Aussage vom 21. 4. 1948 beim Vorbeigehen an einer Scheune, bei der es sich um das Weinlager »Denis« gehandelt haben könnte, neben H. und M. ebenfalls die mit leichten MG's bewaffneten Soldaten F. und G. gesehen haben will. Auch hier gilt, dass der Angeklagte nicht dadurch belastet wird, dass O. diese Angaben am 19. 5. 1949 vor dem Militärgerecht Bordeaux nicht aufrechterhalten hat.

**51** Zeugenaussagen anderer Angehöriger des Erschießungskommandos am Weinlager »Denis« stehen nicht zur Verfügung.

**52 f)** Nach allgemeinen militärischen Erfahrungsgrundsätzen, deren Beachtung von mehreren Kompanieangehörigen (vgl. dazu den Vermerk des LKA NRW vom 6. 2. 2015, S. 44 ff) bestätigt worden ist, mag davon ausgegangen werden können, dass im Grundsatz an den Erschießungen die jeweiligen MG-Schützen einer Gruppe beteiligt waren, was demnach auch auf den Angeklagten in der von ihm selbst angegebenen Funktion als MG-Schütze der 5. Gruppe zutreffen kann. Auch haben die Ermittlungen Gründe dafür, dass von einem dieser Funktion entsprechenden Einsatz abgewichen worden wäre, nicht ergeben. Mit solchen allgemeinen Erwägungen kann aber die Lücke in der Beweiskette zwischen der als möglich erscheinenden Feststellung der Zugehörigkeit des Angeklagten zu der unter dem Befehl des S. stehenden 5. Gruppe einerseits und der Beteiligung des Angeklagten als MG-Schütze

an dem Erschießungskommando am Weinlager »Denis« andererseits nicht überbrückt werden. Die von der Staatsanwaltschaft insoweit vorgenommene, recht knappe Beweiswürdigung scheint von den Vernehmungsbeamten des LKA bei der Vernehmung des Angeklagten am 11. 9. 2013 nicht geteilt worden zu sein. In dem Vermerk vom 12. 9. 2013 zum Verlauf der Vernehmung vom Vortag wird ausgeführt, dass bis zum Abbruch der Vernehmung nur die Anfangsphase des Einsatzes – nämlich die Umstellung des Ortes, der Beginn der Durchsuchung der Ortschaft und die Zusammentreibung der Bevölkerung – erörtert worden sei und die weiteren Phasen – Zusammentreibung der Bevölkerung auf dem Marktplatz, Verbringung der Männer und deren spätere Erschießung in Scheunen/Garagen sowie die Verbringung von Frauen und Kindern und deren spätere Tötung in der Kirche – noch gar nicht angesprochen worden seien. Der aus Sicht der Vernehmungsbeamten demnach noch bestehende Aufklärungsbedarf betraf mithin das eigentliche Tatgeschehen. Dazu hat sich der Angeklagte nach dem von den Vernehmungsbeamten veranlassten Abbruch der Vernehmung – was wie erwähnt auf einen fairen Ablauf der Vernehmung hindeutet – nach anwaltlicher Beratung nicht mehr geäußert.

**53 B)** Zum Vorwurf der Beihilfe zum Mord in mehreren hundert Fällen (Tötung von Frauen und Kindern in der Kirche von Oradour durch Einsatz von Sprengstoff, Schusswaffen, Handgranaten und Inbrandsetzen der Kirche)

**54 1.** Auch hierzu ist vorweg auf die Besonderheit hinzuweisen, dass der Angeklagte im Rahmen der umfangreichen Ermittlungen von keinem Zeugen bzw. Beschuldigte jemals namentlich erwähnt worden ist, was die Möglichkeiten eines konkreten Tatnachweises mindert.

**55 2.** Die Anklage stützt sich augenscheinlich im wesentlichen auf die Aussage von L. vom 22. 11. 1945. Danach soll S. die Gruppe im Anschluss an die Erschießungsaktion am Weinlager »Denis« auf den Kirchplatz geführt haben. Dies soll nach der weiteren Schilderung zeitlich noch vor der Sprengung der Kirche erfolgt sein, was sich wiederum mit den eigenen Angaben des Angeklagten deckt, der auch die Verbringung von Frauen und Kindern in die Kirche miterlebt haben will. Nach den Ermittlungen ist davon auszugehen, dass Unteroffiziere mit Maschinenpistolen und Handgranaten in die Kirche eingedrungen sein sollen, um Frauen und Kinder, die die Sprengung überlebt hatten, zu töten. Im Anschluss daran, so L.'s Aussage, soll den Soldaten – gemeint sind offensichtlich die Mannschaftsdienstgrade, zu denen der Angeklagte gezählt hat – an der Kirche der Befehl erteilt worden sein, Stroh und Reisig in die Kirche zu bringen, um sie anzuzünden;

diesen Befehl habe er (L.) befolgt. Dabei sollen bis auf eine Frau, die sich durch Sprung aus einem Kirchenfenster ins Freie hätten retten können, letztlich alle Menschen in der Kirche zu Tode gekommen sein. Ein fassbarer Hinweis auf die Person des Angeklagten und vor allem auf die Art und Weise einer möglichen Beteiligung an der Inbrandsetzung der Kirche lässt sich den Angaben des Zeugen L. nicht entnehmen.

**56** Dementsprechend sind in der Anklageschrift auch keine belastbaren Beweismittel zu der konkreten Art und Weise der Beteiligung des Angeklagten an der Tötung der Frauen und Kinder in der Kirche benannt worden. Vielmehr hat sich die Staatsanwaltschaft nur in der Lage gesehen, dem Angeklagten vorzuwerfen, »entweder Absperr- und/oder Bewachungsaufgaben wahrgenommen und/oder darüber hinaus Brennmaterial in die Kirche getragen zu haben«. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass dies keine ausreichende Grundlage für die Eröffnung des Hauptverfahrens darstellt, da sie keine sicheren Feststellungen zu einer konkreten Beihilfehandlung ermöglicht.

**57** Letztlich sind weder die Feststellung, dass sich der Angeklagte als Angehöriger der 5. Gruppe des II. Zusages in Oradour aufgehalten hat, noch die zeithistorischen Erkenntnisse zur Rolle dieser Gruppe bei dem Massaker in der Kirche oder die möglicherweise fehlerhaften Angaben des Angeklagten, der bereits bei seiner Vernehmung vom 17. 2. 1978 seine Anwesenheit an der Kirche eingräumt hat und dem dabei durch den Vernehmungsbeamten auch bewusst gemacht worden ist, dass er sich schon durch das Zusammentreiben der Bevölkerung strafbar gemacht haben könnte, zu seinen vermeintlichen Beobachtungen im Rahmen des Geschehens an und in der Kirche geeignet, einen konkreten Schuld nachweis zu erbringen.

**58** Wie oben bereits im Rahmen der Erörterung des Geschehens am Weinlager »Denis« erörtert, kann nicht sicher festgestellt werden, dass sich der Angeklagte, dessen Anwesenheit nach den Angaben des Zeugen L. sogar zweifelhaft erscheint, zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch bei dieser Gruppe aufgehalten hat; dementsprechend kann auch nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit festgestellt werden, dass er sich mit dieser Gruppe zur Kirche begeben hat. Erst recht lassen sich keinerlei Feststellungen dazu treffen, welche Unterstützungshandlung ihm im Rahmen dieses Geschehens konkret angelastet werden kann. Unter diesen Umständen ist zudem eine tragfähige Prüfung von Mordmerkmalen, deren Erfüllung dem Angeklagten nachgewiesen werden könnten, letztlich nicht möglich.

## Anmerkung

Der Beschluss ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Vorrangig ist Respekt auszudrücken vor dem Umgang des OLG mit dem menschlich und historisch nicht nur beeindruckenden, sondern zutiefst verstörenden Fall. Es gelingt dem OLG nicht nur im Ergebnis, sondern auch in seiner Art der notgedrungen nüchternen, aber angemessen eingehenden Darstellung zu zeigen, wie sehr es ihm ein Anliegen ist, dem geltenden Strafprozessrecht und zugleich den unvollstellbaren Gräueln des Massakers von Oradour-sur-Glane gerecht zu werden. Die folgenden Bemerkungen müssen die Entscheidung gleichwohl auf ihre zentralen prozessualen Aspekte reduzieren und nach dem Prinzip der Gleichheit des Rechts für jedermann im Hinblick auf die Übertragbarkeit auf künftige Strafrechtsfälle untersuchen.

1. Zu Recht hatte die Große Jugendkammer des Landgerichts betont, dass eine strafrechtliche Verurteilung letztlich nur auf der Grundlage eines individuellen Tatnachweises erfolgen darf. Sein Gegenstand hat ein grds. bereits in Anklage und Eröffnungsbeschluss nach Ort, Zeit und konkreter Tätigkeit nebst Handlungsziel bestimmtes »historisches« Verhalten zu sein, das unter die Vorschriften des Strafrechts zu subsumieren ist.<sup>2</sup> Ein den Schulspruch tragender Nachweis ist allein über die im Strengbeweisverfahren zur Verfügung stehenden Beweismittel im Rahmen der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu führen, und diese müssen dort jeweils überprüfbar sein. Dass Zweifel daran angezeigt waren, ob ein solcher Nachweis würde gelingen können, belegt schon der wiedergegebene Anklagevorwurf, in dem am Ende der zitierten Passage (Rn. 7) die sprachlich-logisch unzulässige Kombination aus »entweder« sowie »und/oder« gewählt wird, um damit letztlich fortbestehende Ungewissheit hinsichtlich des konkret vorgeworfenen Verhaltens auszudrücken. Völlig zu Recht stärkt die Entscheidung des OLG der Vorinstanz grundsätzlich den Rücken.

Problematisch ist allerdings der vom OLG angeführte Grundsatz, für den Zweifelssatz sei im Rahmen der Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts i.S.v. § 203 StPO (der zutreffend vom dringenden Tatverdacht i.S.d. § 112 StPO unterschieden wird) »noch kein Raum«.<sup>3</sup>

Im Eröffnungsbeschluss ist bei der Beurteilung eines hinreichenden Tatverdachts eine Prognose über die mögli-

<sup>2</sup> Vgl. KK-StPO/Schneider (7. Aufl. 2013) § 203 Rn. 3f.; BGH NStZ 1984, 229.

<sup>3</sup> Instruktiv zum Streit über die Reichweite des Grundsatzes »*in dubio pro reo*« Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, § 57 Rn. 958 ff., dort zum Verhältnis von Verdacht und Schuld Rn. 962.

chen Ausgänge des Verfahrens zu stellen.<sup>4</sup> Diese sind jeweils nach dem Grad ihrer – auf Basis des Anklagevorbringens und der verfügbaren Beweismittel einzuschätzenden – Wahrscheinlichkeit zu bewerten. Ein hinreichender Tatverdacht liegt dabei nicht nur in den Fällen vor, in denen das Gericht im Zwischenverfahren sicher davon ausgeht, letztlich zu einer Verurteilung zu gelangen. Im Gegenteil würde eine solche Gewissheit nicht für eine Eröffnung durch diese Richter, sondern für deren Befangenheit sprechen. Ihre Aufgabe in der Beweisaufnahme wird gerade darin bestehen, ohne voreingenommene Überzeugung systematisch an den jeweils erhobenen Beweisen zu zweifeln. Dabei dienen solche methodischen Zweifel bei der Aufnahme und Würdigung der Beweise dazu, letztlich ein höheres und besser begründetes Maß an Überzeugung zu erlangen. Die Anwendung des Zweifelsatzes veranlassen solche Zweifel noch nicht, sondern erst die auch nach Aufnahme und Würdigung aller Beweise noch vernünftigerweise verbleibenden Zweifel.<sup>5</sup> Doch diese beiden Typen von Zweifeln sind insofern miteinander verbunden, als Zweifel des letzteren Typs gerade diejenigen Zweifel des ersten Typs sind, die trotz aller Bemühungen des Gerichts um Sachaufklärung und verständige Beweiswürdigung verbleiben.

Diese Zweifel (relevant sind die letzteren, doch sie beginnen eben als solche des ersten Typs und sind daher regelmäßig auch in diesem gedanklichen Zusammenhang am besten vorab abzusehen) – hat das Gericht bereits im Zwischenverfahren zu antizipieren. Gerade sie eröffnen die Möglichkeit unterschiedlicher Verfahrensausgänge je nach Ergebnis der Beweisaufnahme und sind – in ihrem jeweils abzuschätzenden Maße – die Grundlage der anzustellenden Wahrscheinlichkeitsbeurteilung. Dabei komplettiert überhaupt erst der Zweifellsatz das System der strafrechtlichen Vorschriften dahingehend, dass eben letztlich nicht zu bestrafen sein wird, wer sich nicht nach einem im Voraus gesetzlich bestimmten Delikt strafbar gemacht (Art. 103 Abs. 2 GG) hat bzw. wem eine solche Tat nicht (im Hauptverfahren) am strengen Beweisstandard nachzuweisen ist (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Ohne den Zweifellsatz bliebe von dieser Rechtsbindung, dem Erfordernis eines Tatnachweises (und damit von der Unschuldsvermutung) und so letztlich auch von der Grundlage, auf der im Zwischenverfahren die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung zu beurteilen ist, nichts übrig.

Es trifft also zwar zu, dass das Gericht nicht etwa ein Endurteil unter strenger Anwendung von *in dubio pro reo* zu antizipieren hat. Doch die Vorstellung, für den Zweifellsatz sei »bei dem Wahrscheinlichkeitsurteil noch kein Raum« (Rn. 19) ist in dieser Allgemeinheit durchaus unzutreffend.<sup>6</sup> Auch dass der Zweifellsatz nicht (zumindest nicht in voller Ausprägung) für die Prognosen gelten kann, die im Urteil zu erstellen sind (z.B. nach § 56 StGB),<sup>7</sup> ist nicht auf die Bemessung des Tatverdachts übertragbar, denn bei jenen Prognosen geht es um künftiges Fremdverhalten. Hier hingegen geht es um die Feststellung einer hinreichenden<sup>8</sup> Verurteilungswahrscheinlichkeit und damit um die Prognose eines Urteils, welches das Gericht später gerade dem Zweifellsatz gemäß zu fällen haben wird. Gelangt das Gericht im Zwischenverfahren nicht zur Überzeugung, dass auf Basis der Anklage und verfügbarer Beweismittel aktuell eine hinreichender Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass es in einer Hauptverhandlung alle einer Verurteilung entgegenstehenden Zweifel wird ausräumen können, hat es nicht zu eröffnen (§ 203 StPO).<sup>9</sup> Diese durchaus zentrale Rolle spielt der Zweifellsatz im Eröffnungsbeschluss.

2. Völlig zu Recht bestätigt das OLG im Grundsatz die Entscheidung der Vorinstanz. Es betont dabei zwar, in seiner Begründung abzuweichen, und weicht im Detail auch ab. Im gerade umrissenen Kern der Entscheidung stimmt es mit der Vorinstanz aber überein. Mustergültig wird herausgearbeitet, dass es den Gerichten fernliegt, die »zeithistorischen Erkenntnisse« über den Hergang des Massakers und die militärisch verantwortlichen Gruppen in Frage zu stellen, und wie sehr sie – das OLG noch mehr als die Vorinstanz – bereit sind, einzelnen Zeugen- und Beschuldigungsaussagen zu glauben. Ebenso klar wird herausgearbeitet, weshalb richtigerweise gleichwohl keine für eine strafrechtliche Verurteilung ausreichende Überzeugung (nach einer Hauptverhandlung) zu prognostizieren ist. Sie müsste sich – gestützt auf Beweismittel, die einer kritischen Würdigung standhalten – auf die individuelle Schuld und vor allem konkrete Beteiligung gerade des Angeklagten beziehen. Die historisch gesicherten Erkenntnisse tragen diesen Grad an Individualität aber gerade für den betroffenen Angeschuldigten nicht. Völlig zutreffend stellt die Entscheidung dabei heraus, wie der Umstand, dass kein Zeuge den Angeschuldigten individu-

<sup>4</sup> Vgl. etwa KMR-StPO/Seidl § 203 Rn. 15ff. (insoweit Stand 63. EL, 2012).

<sup>5</sup> Dazu statt vieler wiederum Kühne (Fn. 3) Rn. 957.

<sup>6</sup> So insb. auch SK-StPO/Paeffgen (5. Aufl. 2015) § 203 Rn. 12.

<sup>7</sup> Dazu SSW-StPO/Schluckebier (2. Aufl. 2016) § 261 Rn. 53.

<sup>8</sup> Hier ist nicht der Ort um zu vertiefen, ob dazu das »bloße Überwiegen« bereits genügt; zur Kritik an dieser h.M. siehe SK-StPO/Paeffgen (Fn. 6) § 203 Rn. 11 m.w.N.

<sup>9</sup> Prägnant KMR-StPO/Seidl (Fn. 4) § 203 Rn. 17.

ell benannte, aufgrund anderer bekannter Umstände gut mit der Annahme, er habe die Tat gleichwohl begangen, verträglich wäre. Eine Erklärung für die Nicht-Beweisbarkeit vermag aber keinen Nachweis zu ersetzen – insbesondere nicht in Strafverfahren.

Man mag dem zur Verdeutlichung noch einen weiteren Aspekt hinzufügen: Wie jede wissenschaftliche Erklärung darf eine historische Erklärung sich am Grundsatz der Einfachheit orientieren. Danach ist nach einer möglichst einfachen plausiblen (gesetzmäßigen) Begründung für die festgestellten Anknüpfungstatsachen zu suchen. Unter mehreren grundsätzlich gleich plausiblen Erklärungen gebührt i.d.R. der einfachsten der Vorzug.<sup>10</sup> Strafrechtliche Beweisführung hat dem Grundsatz der Einfachheit aber nicht ohne Weiteres zu folgen, denn in ihr geht es gerade nicht um die Bildung einer empirischen Theorie und die Ableitung von Gesetzmäßigkeiten aus Beobachtungen, die gerade dazu dienen sollen, die Komplexität der Einzelfälle durch das Herausarbeiten von Regelmäßigkeiten zu reduzieren. Die strafrechtlichen Feststellungen betreffen vielmehr gerade den Einzelfall. Zwar muss auch ein Gericht nicht jeden konstruierbaren Zweifel hegen,<sup>11</sup> aber die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme konkret veranlassten Zweifel führen zur Anwendbarkeit des Zweifelssatzes. Zuvor kann das Gericht sich zur Ausräumung von Zweifeln durchaus auf konkrete Erfahrungsregeln der Form, dass unter den und den (festgestellten) Umständen gewöhnlich auch der und der (aus jenen Indizien zu erschließende) Umstand vorliegt, orientieren. Dazu muss aber jener konkrete Zusammenhang tatsächlich der Erfahrung entsprechen, und es muss geprüft werden, ob ausnahmsweise Gegenindizien vorliegen.<sup>12</sup> Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass Strafrechtsfälle stets »so einfach wie möglich« wären, gibt es hingegen durchaus nicht, weshalb auch der theoriebildende Grundsatz der Einfachheit als solcher in der Beweiswürdigung nichts verloren hat. Deshalb geht insbesondere die für historische Erkenntnisse unter Umständen tragende Regel, regelmäßig stimme die einfachste Erklärung, über konkrete Erfahrungsregeln der für die strafrechtliche Beweiswürdigung verwendbaren Form wesentlich hinaus. Sie ist eine Metaregel methodischer Art zur Entwicklung von Theorien, nicht eine konkrete Zusammenhänge abbildende Erfahrungsregel. Schon wegen dieses methodischen Unterschieds dürfen

(allgemeinere) historische Erkenntnisse auch zu konkretem Einzelgeschehen nicht ohne weiteres als Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung übernommen werden. Das hat das OLG ganz zutreffend erkannt.

Hervorzuheben ist auch die vom OLG angesprochene Unterscheidung des eigenen Falles vom Fall Demjanjuk.<sup>13</sup> Der Unterschied der Fälle lässt sich indes noch klarer ausdrücken: Im Fall Demjanjuk war das Gericht von einer sicheren Haupttat bzw. einer schier unvollstellbaren Vielzahl sicherer Haupttaten (im Konzentrationslager) ausgegangen und auch von einer sicheren Hilfeleistung (in Form von Wach- und Bereitschaftsdienst), die sich sicher auf irgendwelche dieser Haupttaten bezogen hat. Im hier vorliegenden Fall lag ähnlich sicher wie im Vergleichsfall eine Haupttat (bzw. wiederum eine Vielzahl von Haupttaten) vor. Anders als dort steht hier jedoch bereits die individuelle Beteiligung in Frage. Auch wenn es unwahrscheinlich sein mag, ist doch nicht auszuschließen, dass der Angeklagte sich – immerhin der späteren Wertung der Wehrmachtsherrschaft entsprechend – gegen eine Beteiligung an dem Massaker entschieden und keine konkrete Teilnahme vorgenommen hatte. Und wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass dieser – egal wie geringe – Restzweifel in einer Hauptverhandlung auszuräumen sein wird, dann ist die Verurteilungswahrscheinlichkeit schon im Zwischenverfahren als gering zu veranschlagen und nicht zu eröffnen. Um die Wahrscheinlichkeit, dass der Täter die Tat begangen hat (im Gegensatz zur Wahrscheinlichkeit, dass man ihn für sie verurteilen können), geht es im Zwischenverfahren gerade nicht (und – um das noch einmal zu betonen – diesem Gegensatz liegt gerade der Zweifelssatz zu Grunde).

3. Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlich vollkommen richtigen Herangehensweise an die Entscheidung nach § 203 StPO verwundert indes die Wortwahl des Gerichts in den letzten beiden Absätzen der Entscheidung (Rn. 57 und 58). Dass es ein auch in der Hauptverhandlung konsequent durchgehaltenes Bestreiten oder zumindest Schweigen des Beschuldigten als quasi sicher unterstellt, ist vielleicht vor dem Hintergrund seines früheren Aussageverhaltens nicht ganz zwingend, aber sicher nicht zu beanstanden. Doch darüber hinaus wechselt die Entscheidung in Rn. 58 auch in einen Urteilsduktus. Das Gericht stellt im Sprachgebrauch des auf die Hauptverhandlung zurückblickenden Urteils fest, welche Feststellungen sich nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Gewissheit treffen lassen. Hier ging es hingegen darum,

<sup>10</sup> Eingehend und grundlegend zur modernen Fassung des (indes schon lange zuvor bekannten) Prinzips *Mach*, Die ökonomische Natur der physikalischen Forschung, 1882, S. 238; vgl. dazu auch *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006, S. 199ff.

<sup>11</sup> Statt aller SSW-StPO/*Schluckebier* (Fn. 7) § 261 Rn. 51.

<sup>12</sup> Vgl. dazu bereits BGHSt 10, 208ff.

<sup>13</sup> Dazu das Urteil des Landgerichts München II v. 12. 5. 2011 – 1 Ks 115 Js 12496/08.

dass nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen war, dass solche Feststellungen nach dem Beweisergebnis der Hauptverhandlung getroffen werden könnten. Im Ergebnis dürfte dies allerdings eher sprachlich irrtierend als für die Entscheidung entscheidend gewesen sein.

Auch die einleitenden Bemerkungen zum »Nebenkläger zu 6)« sind etwas kryptisch geraten. Ein – im Strafverfahren von vornherein nicht eröffnetes – Anschlussrechtsmittel sollte wohl gar nicht eingelegt, sondern schlicht eine – vom OLG implizit auch letztlich angenommene – Anschlusserklärung (§§ 395 Abs. 1, 396 StPO) abgegeben werden. Ab Erhebung der öffentlichen Klage ist das in jeder Lage des Verfahrens und damit insbesondere bei zulässig eingelegtem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist möglich (§ 395 Abs. 4 S. 1 StPO).<sup>14</sup> Anschließen kann sich der Nebenkläger freilich nur »der Klage« (bzw. dem Antrag im Sicherungsverfahren; § 395 Abs. 1 StPO), nicht »der Beschwerde«, schon gar nicht mehreren selbständigen Beschwerden. Und für eine nach § 400 Abs. 2 S. 1 StPO statt hafte selbständige Nichtzulassungsbeschwerde hatte der Nebenkläger zu 6) – nach den Feststellungen des OLG – die Frist versäumt.

4. Im Rahmen ihrer Befassung mit dem ersten Tatkomplex behandelt die Entscheidung auch die Frage der Verwertbarkeit der Aussage des Angeschuldigten vom 11. 9. 2013. Sie kommt zum Ergebnis der Verwertbarkeit. Hier ist dem OLG zu widersprechen.

Die Vernehmungsbeamten hatten – entgegen der zum damaligen Zeitpunkt bereits seit über zwei Monaten geltenden Neufassung von § 136 Abs. 1 S. 3 StPO i. V. m. § 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO den Beschuldigten bei seiner Vernehmung nicht über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung belehrt. Die Entscheidung hält diesen Verstoß unzutreffend für lässlich. Erstens führt sie an, die Vorschrift sei erst seit kurzem in Geltung gewesen. Dies trifft zu. Doch auch ein erst seit kurzem geltendes Gesetz gilt – und das insbesondere für die Vertreter der Staatsgewalt. Zweitens nimmt das OLG an, dieser Belehrungspflicht komme »erheblich geringere Bedeutung« zu als der nötigen Belehrung über die Befugnis zur Verteidi-

gerkonsultation. Auch das kann nicht überzeugen. Man stelle sich dazu nur die Antwort des EuGH auf die Vorlagefrage vor, ob er auch der Ansicht sei, diese im Rang einer Richtlinie<sup>15</sup> und damit immerhin vorrangig vor dem Grundgesetz in unserer Rechtsordnung zu berücksichtigende Anforderung sei von untergeordneter Bedeutung. Es spricht vieles für die Annahme, dass die Belehrungspflicht europaweit einheitlich vorgesehen wurde, eben weil die zivilisierten Staaten Europas sie für wichtig erachteten.

Man mag hinzufügen, dass das in Deutschland übliche Vorgehen, einen Pflichtverteidiger im Ermittlungsverfahren nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin zu bestellen und insoweit keine Rechtsmittel zu eröffnen,<sup>16</sup> seit langem fragwürdig ist. Es wird zumindest in größeren Strafverfahren der Rolle des Ermittlungsverfahrens und der Bedeutung der Beschuldigtenvernehmung nicht gerecht. Jedenfalls lässt sich daraus kein Argument gegen die Bedeutung der Belehrungspflicht gewinnen, denn gerade wenn die Staatsanwaltschaft diese zentrale Rolle spielt, ist auch die Möglichkeit des Beschuldigten, zumindest eine Anregung zur Pflichtverteidigerbestellung zu geben, von erheblicher Bedeutung und damit auch die darauf bezogene Belehrungspflicht.

Aus diesem Verstoß folgt nicht *eo ipso* ein Beweisverwertungsverbot. Gerade dass es hier um Rechtsverstöße unmittelbar durch die Staatsgewalt selbst geht und die Unverwertbarkeit eine erhebliche Steuerfunktion für ein rechtstreues Staatsverhalten hätte, spricht aber für die regelmäßige Annahme eines Verwertungsverbots in solchen Fällen. Zumindest wenn im Zeitpunkt der Vernehmung damit zu rechnen war, dass sich ein Fall des § 140 Abs. 1 oder 2 StPO ergeben würde (selbst wenn dieser erst in einem späteren Verfahrensabschnitt angewandt wird), ist von einer Kausalität des Verstoßes für das Aussageverhalten und einem Verwertungsverbot auszugehen.<sup>17</sup>

---

Privatdozent Dr. Jan C. Schuhr: z. Zt. Universität Augsburg.

---

15 Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der RL 2012/13/EU (v. 22. Mai 2012, ABl. 2012 L 142/1).

16 Jüngst dazu BGH NStZ 2016, 114 = NJW 2015, 3383 m. abl. Anm. Müller-Jacobsen

17 Vgl. auch MüKo-StPO/Schuhr (1. Aufl. 2014) § 136 Rn. 63.

---

14 Dazu KK-StPO/Senge (Fn. 2) § 395 Rn. 14.