

Majaani Hachmeister

Die Reform der Tötungsdelikte

Unter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative des Jahres 2014
und des Referentenentwurfs des Jahres 2016



Nomos

DIKE 

Studien zum Strafrecht

Band 117

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

Majaani Hachmeister

Die Reform der Tötungsdelikte

Unter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative des Jahres 2014
und des Referentenentwurfs des Jahres 2016



Nomos

DIKE 



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2022

u.d.T.: „Die Reform der Tötungsdelikte unter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative des Jahres 2014 und des Referentenentwurfs des Jahres 2016“

ISBN (Print) 978-3-7560-0493-5 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-3818-7 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-03891-585-0 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

D 30

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern und meiner Schwester

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main im Oktober 2021 als Dissertation angenommen und auf dem Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur desselben Datums abgeschlossen. Änderungen sind bis Juni 2022 berücksichtigt. Die Verlinkungen zu Internetseiten befinden sich auf dem Stand ihres letzten Abrufs im September 2021. Da die Diskussion um eine Gesetzesinitiative zur Reform der Tötungsdelikte und die Unterbreitung von Reformvorschlägen verstärkt in den Jahren 2014 bis 2016 erfolgte, befindet sich die zitierte Kommentarliteratur nicht auf dem Stand der Neuauflagen des Jahres 2022, sondern die umfangreichen Kommentierungen der zitierten Voraufgaben sind maßgeblich.

Mein ganz herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. em. Dr. Dres.h.c. Ulfrid Neumann für die Betreuung meines Promotionsvorhabens und seine wertvollen Anregungen. Die ertragreichen Diskussionen und der fachliche Austausch im Postgraduiertenseminar haben die Erstellung meiner Arbeit gefördert und mich auf meinem Weg stets bestärkt. Ihm und den weiteren Herausgebern der vorliegenden Schriftenreihe danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit.

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittwitz danke ich vielmals für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gebührt meinen Eltern, Martina und Stefan Hachmeister, die durch ihre bedingungslose Unterstützung in jeder Hinsicht die Realisierung dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht haben. Meiner Schwester, Shari Hachmeister, danke ich für ihre stets motivierenden Worte und dafür, dass sie immer an mich geglaubt hat.

Ganz besonders danke ich meinem Lebensgefährten Gero Pogrzeba für seine Geduld, den liebevollen Ansporn und das äußerst gewissenhafte sowie kritische Korrekturlesen des Manuskripts.

Frankfurt am Main, Dezember 2022

Majaani Hachmeister

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	17
Abkürzungsverzeichnis	19
A.) Einleitung und Zielsetzung	21
B.) Überblick der Entwicklung des Mordparagrafen in der deutschen Strafgesetzgebung	25
I.) Verwerflichkeitsmodell des alten deutschen Rechts	25
II.) Prämeditationsprinzip 1813-1871	26
III.) Nationalsozialistische Fassung von 1941	28
IV.) Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklungen nach 1941	32
C.) Problemaufriss: Reformbedarf? – die Mängel des geltenden Tötungsstrafrechts	35
I.) Ideologische Bürde des § 211 StGB	35
II.) Fehlender Leitgedanke	39
III.) Divergierendes systematisches Verständnis vom Verhältnis von § 212 StGB zu § 211 StGB und seine Auswirkung	40
IV.) Exklusivitäts- und Absolutheitsmechanismus	46
V.) Sanktionskluff zwischen § 212 StGB und § 211 StGB	48
VI.) Schuldgrundsatz	50
VII.) Schuldschwereklausel des § 57a StGB	51
1.) Bestehende Rechtslage	52
2.) Artikulierte Kritik: tatbestandliche als auch rechtsfolgenbasierte Unbestimmtheit	54
VIII.) Konzeptionelle Schwächen einzelner Mordmerkmale	60
1.) Niedrige Beweggründe	60
2.) Das Heimtückemerkmal	66
a) Ursache der Kritik: Bestehende Wertungsinterferenzen	67

b)	Generelle Untauglichkeit als Merkmal der Abgrenzung höchststrafwürdiger Tötungen	69
c)	Divergierende Restriktionsmöglichkeiten	70
aa)	Lösungsansatz des zusätzlichen Vertrauensbruchs	71
bb)	Lösungsansatz des tückischen Vorgehens	71
cc)	Lösungsansatz der negativen und positiven Typenkorrektur	73
dd)	Tatbestandsimmanente Auslegungsansätze der Rechtsprechung	74
aaa)	Feindliche Willensrichtung und Ausnutzungsbewusstsein	75
bbb)	Restriktion durch sog. „Zeitregel“	75
ccc)	Normativierung heimtückespezifischer Arglosigkeit	76
ee)	Lösungsansatz der sog. Rechtsfolgenlösung	78
d)	Bilanz	80
3.)	Kritik an den übrigen Mordmerkmalen	81
a)	Töten aus Mordlust	81
b)	Befriedigung des Geschlechtstriebes	83
c)	Habgier	84
d)	Grausam	86
e)	Gemeingefährliche Mittel	87
f)	Verdeckungsabsicht	89
g)	Ermöglichungsabsicht	94
IX.)	Uneinheitliche und unvorhersehbare Rechtsprechung	94
X.)	Gesamtkonzeption der §§ 211, 212, 213 StGB	96
XI.)	Konklusion der aktuellen Gesetzeslage	98
D.)	Die Reformdiskussion: Divergierende Vorschläge zur Reform der Tötungsdelikte	100
I.)	Zeitpunkt der Gesetzesnovelle	100
1.)	Vorbehalte gegen eine Reform	100
2.)	Widerlegung der Vorbehalte	104
3.)	Konklusion	110
II.)	Ziele einer Gesetzesnovelle	111
III.)	Vorüberlegungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Delikte	112

IV.) Rechtsfolgenerörterung: Anknüpfungsaspekt lebenslange Freiheitsstrafe – noch zeit- und sachgemäß?	113
1.) Begriff der lebenslangen Freiheitsstrafe und allgemeine Erläuterungen	114
2.) Beibehaltung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe	115
a) Beschränkung auf reine Tatbestandskritik und politisches Kalkül	115
b) Absolutes Rechtsgut – absolute Strafandrohung	117
c) Der Strafzweck der Prävention	118
d) Der symbolhafte Wert der Vergeltung	119
e) Angst vor einer Strafrahmensenkung durch Durchbrechung der Absolutheit	120
f) Forderung der Erhöhung der Mindestverbüßungsdauer der lebenslangen Freiheitsstrafe	121
3.) Vollständige Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe	122
a) Historische Strafentwicklung	123
b) Absolutes Rechtsgut – absolute Strafe?	125
c) Der Strafzweck der Prävention?	126
d) Rechtsprechungsentwicklung und Einführung des § 57a StGB	134
e) Willkür des festgesetzten Wertes	142
f) Verfassungswidrigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe	142
4.) Eigene Stellungnahme: Symbolhafte Vergeltung als prävalierender Wert?	144
a) Historische Entwicklung; Gestuft gefasster Strafrahmen von 1941 und Existenz der Rechtsfolgenlösung und des § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB seit 1981	144
b) Das Unrecht der Tat und die Rechtsfolgenbestimmtheit	147
c) Die Unlösbarkeit des Schuldausgleichs unter dem Aspekt der Gerechtigkeit	151
d) Konklusion und Folge einer hypothetischen Abschaffung	159
5.) Auf der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe basierende Konzepte	161
a) Qualifizierungsbezogenes Mehrstufenmodell von T. Walter	162
b) Das Konzept von Kargl: Dreistufiges Modell mit Schuldsteigerungskriterien des § 57a StGB	163

c)	Das Konzept von Lackner: Kombinationsmodell unter Einführung einer zeitigen Punktstrafe	165
d)	Dreistufiges Strafzumessungsmodell von Baltzer 2014	167
V.)	Aufbrechen der exklusiven Absolutheit: auf der lebenslangen Freiheitsstrafe basierende Konzepte – abstrakte Betrachtung möglicher Lösungen	168
1.)	Allgemeine Strafmilderung als Reformgedanke	169
2.)	Fakultative lebenslange Freiheitsstrafe	170
3.)	Unbenannter und benannter minder schwerer Fall des Mordes	172
4.)	Strafmilderung durch einen Privilegierungsausnahmetatbestand	174
VI.)	Welches Tatbestandsregelungsmodell erweist sich als vorzugswürdig?	175
1.)	Eintatbestandskonzept	175
a)	Regelungsmodell des DAV 2014	176
b)	Begründung des Einheitstatbestandmodells	179
c)	Eigene Stellungnahme: Das Einheitstatbestandskonzept zu einfältig?	184
d)	Bilanz	195
2.)	Stufenmodelle	196
a)	Zweistufige Modelle	197
aa)	Zweistufiges Prämeditationsmodell	197
bb)	Zweistufiges Qualifizierungsmodell – Modell des geltenden Rechts	201
aaa)	Leitbild der Tötungskriterien – Überlegung, Gefährlichkeit, Verwerflichkeit oder Mittel-Zweck-Verhältnismäßigkeit?	203
α)	Das Verwerflichkeitskonzept	204
β)	Das Gefährlichkeitskonzept	205
γ)	Das Mittel-Zweck Verhältnis	207
bbb)	Eigene Stellungnahme bezüglich der Idee einer Leitkonzeption	208
cc)	Regelbeispielmethode	210
aaa)	Grundlagen und Verortung der Regelbeispieltechnik	210
bbb)	Aspekte für die Einführung von Regelbeispielen	211

ccc)	Reformvorschläge	213
	α) Vorschlag der Fraktion der GRÜNEN	213
	β) Regelbeispielmodell von Kubik und Zimmermann	215
	γ) Vorschlag der Strafverteidigervereinigungen 2014	217
ddd)	Aspekte gegen die Einführung von Regelbeispielen	218
	α) Historisch bedingte Ablehnung	218
	β) Rechtsunsicherheit und verfassungsrechtliche Bedenken	219
	γ) Rechtsfolgenunterminierung	221
eee)	Eigene Bewertung: Regelbeispiel – ein Konzept zulasten der Gesetzlichkeit?	221
dd)	Zweistufiges Privilegierungsmodell	223
	aaa) Argumentative Begründung eines stufenlosen Privilegierungskonzepts	224
	bbb) Reformvorschläge	226
	α) Reines zweistufiges Privilegierungskonzept von Deckers, Grünewald, König und Safferling	227
	αα) Betrachtung der Unrechts- und Schuldsteigerungsmöglichkeiten	227
	ααα) Steigerung des Erfolgsunrechts	228
	βββ) Steigerung des Handlungsunrechts	228
	γγγ) Schuldsteigerung	230
	ββ) Betrachtung der Unrechts- und Schuldminderungsmöglichkeiten	232
	ααα) Minderung des Tötungsunrechts	232
	βββ) Schuldminderung	234
	β) Tötungsdeliktsnormen Österreichs	236
	γ) Eigene Bewertung der reinen Privilegierungskonzepte	237
ee)	Modell des minder schweren Fall des Mordes	239
b)	Mehrstufenmodelle	240
	aa) Qualifizierungsbezogene Mehrstufenmodelle	241
	aaa) Arbeitsentwurf des Justizministeriums 2001	241
	bbb) Reformmodell von Schneider: Legalisierung der Rechtsfolgenlösung	242

ccc)	Qualifizierungsbezogenes Mehrstufenmodell von Dölling	246
ddd)	Qualifizierungsbezogenes Mehrstufenmodell mit Alternativstrafrahmen von Ignor	248
bb)	Privilegierungsbezogene Mehrstufenmodelle	250
aaa)	Der Reformvorschlag von Eser	251
bbb)	Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben) 2008	254
ccc)	Mehrstufiges Privilegierungskonzept von Rissing-van Saan	261
cc)	Mehrstufige Kombinationsmodelle	264
aaa)	Dreistufiges Konzept mit einer Generalklausel nach Schweizer Vorbild	264
bbb)	Vierstufiges Prämeditationsmodell des Gesetzesentwurfs von 1962	265
ccc)	Alternativ-Entwurf AE-1970	267
ddd)	Das Konzept von Hirsch: Mord und besonders schwerer Mord	268
c)	Eigene Stellungnahme: Welche tatbestandliche Konzeption für die Tötungsdeliktstypen ist zu präferieren ?	270
aa)	Welche Grundkonzeption erweist sich als vorzugswürdig?	270
bb)	Höchste Effizienz durch einen mehrgliedrigen Aufbau?	274
E.)	Entscheidung des Gesetzgebers: Einsetzung einer Expertenkommission im Jahr 2014 und der Referentenentwurf aus dem Jahr 2016	277
I.)	Bericht der Expertenkommission	277
1.)	Ergebnisse und Argumente der Expertengruppe	278
a)	Grundkonzeption	278
b)	Tatbestandsgestaltung	280
c)	Rechtsfolgenausgestaltung	281
2.)	Kritische Stellungnahmen	283
a)	Zusammensetzung der Expertengruppe	284
b)	Inhaltliche Schwächen	284
c)	Enttäuschte Erwartungshaltung – Reformunwilligkeit	287
3.)	Eigene Stellungnahme: Kritische Würdigung der vorgebrachten Kritikpunkte	287

II.)	Referentenentwurf aus dem Jahr 2016	290
1.)	Grundkonzeption	291
2.)	Tatbestandsgestaltung	291
a)	Änderung der Generalklausel und Erfassen menschenverachtender Beweggründe	292
b)	Wehrlosigkeit	293
c)	Todesgefahr für einen weiteren Menschen durch die Tat	293
3.)	Rechtsfolgenrechtsgestaltung	295
4.)	Eigene Stellungnahme: Bilanzierende Auseinandersetzung unter Berücksichtigung kritischer Stimmen	296
a)	Tatbestandliche Änderung der Generalklausel	297
b)	Modifizierung des Heimtückemordmerkmals	299
c)	Einführung des Mordmerkmals der Mehrfachtötung	302
d)	Inkonsistente Strafmilderungsoption?	306
e)	Politisches Echo auf den Referentenentwurf	309
F.)	Abschließende Stellungnahme: Resümee und Ausblick	312
I.)	Kernfragen der Tötungsdelikte unter Berücksichtigung der Zielsetzung	312
II.)	Eine mögliche Analyse für das Scheitern	313
1.)	Dogmatische Kritikmöglichkeit bezüglich der Tatbestandskonzepte	314
2.)	Neuerung von Tatbestand und Rechtsfolge	316
3.)	Rechtspolitische Erwägungen und der vermeintliche Öffentlichkeitsdruck	318
III.)	Ausblick: Eigene Reformgedanken	321
1.)	Kleine Revision: Beibehalten der lebenslangen Freiheitsstrafe als Zwischenlösung	321
2.)	Große Revision: Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe	326
a)	Tatbestandliche Überlegungen	328
b)	Überlegungen zur Rechtsfolgenausgestaltung	332
c)	Nötige Folgeänderungen und weiterführende Überlegungen	334
IV.)	Konklusion und Appell	336
	Literaturverzeichnis	339

Abbildungsverzeichnis

Schaubild: Vollendete Fälle Mord, Totschlag und Tötung auf Verlangen	110
Schaubild: Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zur Entlassung	136

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AE	Alternativentwurf
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Art.	Artikel
BayStGB	Bayerisches Strafgesetzbuch
BG	Bundesgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern e.V.
d.h.	das heißt
dänStGB	dänisches Strafgesetzbuch
dass.	dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
dpa	Deutsche Presse Agentur GmbH
E	Entwurf
ebd.	ebendieser
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
etc.	et cetera
ExG	Expertengruppe
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hrsg.	Herausgeber

Abkürzungsverzeichnis

i.S.d.	im Sinne des
i.S.e.	im Sinne eine(r)/s
i.S.v.	im Sinne von
LG	Landgericht
NS	Nationalsozialismus
o.ä.	oder ähnlich
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik des Bundeskriminalamtes
prStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungsreport
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
S.	Seite
Schw.	Schweizerische
sog.	sogenannt/e
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
u.v.w	und viele weitere
USA	United States of America
usw.	und so weiter
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
vs.	versus
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

A.) Einleitung und Zielsetzung

„Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“

Dieser Satz findet sich seit 75 Jahren im Strafgesetzbuch wieder und scheint ein Sinnbild für die Schwierigkeiten und Undurchsichtigkeiten in der bisherigen Dogmatik des § 211 StGB darzustellen: Denn wer ist ein Mörder? Jeder Mensch, der einen anderen tötet? Und was unterscheidet den Mord vom Totschlag? Ist eine lebenslange Freiheitsstrafe eine adäquate Strafe für die Auslöschung eines Menschenlebens?

Eine eindimensionale Betrachtungsweise ermöglicht bei Weitem keine zufriedenstellende Antwort, obwohl es sich um Taten handelt, die im Zentrum des Strafgesetzbuches platziert sind. Bei keiner anderen Rechtsmaterie konfliktieren rechtspolitische Positionen, öffentliches Interesse, Kriminologie und die Rechtsdogmatik mehr als bei dem Versuch der Beantwortung dieser Fragestellungen.¹

Fest steht, dass die ungerechtfertigte und schuldhaftige Tötung eines anderen Menschen in nahezu allen Rechtsordnungen und Gesellschaftssystemen das schwerste Verbrechen darstellt, welches ein Mensch begehen kann.²

Aus dieser allgemein anerkannten Bewertung resultiert, dass der Schutz des Lebens ein elementares, absolutes Gebot einer jeden Rechtsordnung und des Wertesystems eines Gemeinwesens darstellen muss.³ Dieser Grundsatz, welcher seit dem Beginn des Zusammenlebens der Menschen in sozialen Gruppen Bestand hat, ist in der Bundesrepublik Deutschland eine allgemein akzeptierte Selbstverständlichkeit.⁴ Abbild dessen bildet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, welcher den Schutz menschlichen Lebens als Verfassungsgut verbürgt.

Die Verfolgung und Bestrafung von Tötungsdelikten fungiert nicht selten als gesellschaftlicher Indikator rechtspolitischer Überzeugungen, rechtsstaatlicher Standards und kriminalpolitischer Konzepte.⁵

1 Deckers/Fischer/König/Bernsmann NStZ 14, 9.

2 Vgl. Deckers/Fischer/König/Bernsmann NStZ 14, 9; Walter NStZ 14, 368, 370.

3 Vgl. Morsch AnwBl 14, 873.

4 Weiber S. 1.

5 Deckers/Fischer/König/Bernsmann NStZ 14, 9; Laue FPPK 08, 76.

A.) Einleitung und Zielsetzung

Die Kriminalität der vorsätzlichen Tötung und des Mordes findet daher sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Wissenschaft weite Beachtung.

Das besondere öffentliche Interesse beruht zu einem erheblichen Teil auf der eklatanten Diskrepanz zwischen der Schwere der Rechtsverletzung auf der einen und der internalisierten Wertevorstellung von der Unverletzbarkeit des menschlichen Lebens auf der anderen Seite. Die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen wird in der allgemeinen Einschätzung von ihrer Natur her uneingeschränkt als die schwerste Straftat betrachtet und entsprechend auch am meisten gefürchtet, da sie den Menschen mit der eigenen Endlichkeit und der anderer konfrontiert und die Unwiederbringlichkeit einer menschlichen Existenz aufzeigt.⁶

Gerade die mediale Omnipräsenz zeigt das stark von Emotionen begründete Interesse der breiten Bevölkerung auf, das menschheitsgeschichtliche Risiko, Opfer einer Tötung durch einen anderen zu werden, einschätzen zu können. Die Entwicklung sensibler Schutzmechanismen in Form von Sensoren für Gefahren und einen möglicherweise bevorstehenden Angriff auf das eigene Leben sollen eine Verhinderung der eigenen Tötung garantieren. Dies geschieht auch durch eine erhöhte Aufmerksamkeit gegenüber Mord- und Totschlagsberichten und verdeutlicht das legitime Bedürfnis nach Informationen. Dabei befasst sich die Bevölkerung nicht nur mit dem objektiven Tatgeschehen, sondern sie fokussiert sich insbesondere auch auf die Motivlage des Täters, um dessen Tat zu verstehen.⁷ Eine niedrige Rate der vorsätzlichen Tötungsdelikte im Rahmen der Gesamtkriminalistik fungiert daher auch als Garant für eine gesteigerte Lebensqualität der Bevölkerung.⁸ Aufgrund dieser breiten öffentlichen Wahrnehmung wird den Tötungsdelikten ein erhöhter rechtspolitischer Wert zugemessen.⁹

Ist man sich der Kompensationslosigkeit des menschlichen Lebens gewahr, erscheint es unmöglich für ein unüberbietbares, unermessliches Unrecht, der Auslöschung eines Menschen, ein Normgefüge zu gestalten, das zwischen schwersten, schweren und weniger schweren Tötungen mit etwaigen unterschiedlichen Rechtsfolgen unterscheidet.¹⁰ Indes ist das Strafrecht gezwungen auf eine vorsätzliche Tötung zu reagieren. Denn nicht

6 *Bernsmann* AnwBl 14, 888; *DAV* S. 23; *Grünwald* S. 15; *Weiber* S. 2.

7 *Brexl* AnwBl 14, 642; *DAV* S. 24; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NSStZ 14, 9, 13; *Kröber/Dahle* Editorial FPPK 08, 75.

8 *Laue* FPPK 08, 76.

9 *Brexl* AnwBl 14, 642.

10 Vgl. auch *Bernsmann* AnwBl 14, 888.

nur der Geschädigte oder im Falle einer Tötung, die Hinterbliebenen weisen ein intelligibles Interesse als Aspekt der Vergeltung auf, sondern auch die Gesamtgesellschaft artikuliert ein solches Bedürfnis.¹¹

Daher befasst sich die Strafrechtswissenschaft mit dem Problem der Tötungsdelikte in Form der normativen Abgrenzung, Auslegung und theoretischen Strukturanalyse der einzelnen Tötungsstraftatbestände.¹²

Der Mordtatbestand fungiert nicht als ein Tatbestand unter vielen und der strafrechtliche Schutz menschlichen Lebens stellt keine beliebige Regelungsmaterie dar, sodass ein solcher Tatbestand dogmatisch unangefochten ausgestaltet sein sollte. Denn die Normen zu den Straftaten gegen das Leben präsidieren eine jede Strafrechtsordnung und bilden damit auch einen Bezugspunkt für das übrige Strafrechtsgefüge.¹³

Im Widerspruch zu seiner hohen Bedeutung bestehen jedoch trotz jahrelanger Praxis durch die Rechtsprechung Unklarheiten hinsichtlich der Anwendung des § 211 StGB und der ihn flankierenden §§ 212, 213 StGB. Während die Rechtsfolge des Delikts des Mordes unmissverständlich klar formuliert ist, bestehen hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Zudem entsprechen die §§ 211, 212 StGB nicht der sonstigen Systematik des Strafgesetzbuches. Sowohl der Totschlag als auch der Mord sind als täterbezogene Delikte ausformuliert, während das Strafgesetzbuch ansonsten ausschließlich tatbezogene Delikte beinhaltet. Diese ungewöhnliche Akzentuierung der Täterperson beruht auf der Genese des Mordparagrafen während des nationalsozialistischen Regimes und stellt damit im Vergleich zu den sonstigen Delikten im Strafgesetzbuch an zentraler Stelle eine unzeitgemäße Abweichung dar.

Der Mordparagraf ist daher unter Juristen einer der umstrittensten aller Paragrafen.

Dessen ungeachtet hat der Paragraf 211 des Strafgesetzbuchs alle bisherigen Reformen überstanden.

Wer über eine Reform der Tötungsdelikte diskutiert, sieht sich vor allem mit den Schwächen des status quo konfrontiert. Die vorsätzliche Tötung eines Menschen fordert den Gesetzgeber heraus: Wie soll er darauf reagieren? Neben den rein juristischen Gestaltungsmöglichkeiten der Normen verbirgt sich hinter dieser Fragestellung auch eine Grundsatzentschei-

11 *Galli* Strafrechtsreform, vom 13.10.2014.

12 *Weiber* S. 2.

13 *Bausback* DRiZ 15, 249; *Morsch* AnwBl 14, 873; *Rissing-van Saan* LK-StGB Vor §§ 211 Rn. 110, 122.

A.) Einleitung und Zielsetzung

dung hinsichtlich der Humanität des Strafrechts und der Akzeptanz des Straftäters als Bürger der Gesellschaft.¹⁴

Diese Fragestellungen berücksichtigend und aufgrund des bisherigen Ausbleibens befasst sich die vorliegende Dissertation mit der in Medien und Politik als auch innerhalb der rechtswissenschaftlichen Publizistik stark thematisierten und umstrittenen Reform der Tötungsdelikte im Strafrecht unter vertiefter Berücksichtigung der Gesetzesinitiative aus dem Jahr 2014 und dem Referentenentwurf aus dem Jahr 2016. Nachfolgend werden dabei ausschließlich die Delikte der §§ 211, 212, 213 StGB untersucht.

Ob der Einleitungssatz *„Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.“* auch heutzutage noch uneingeschränkte Geltung beanspruchen sollte, und wie sich der aktuelle Stand um die Entwicklungsmöglichkeiten der Paragrafen des Mordes und des Totschlages darstellen, ist Gegenstand dieser Dissertation.

Zu diesem Zweck werden nach einer komprimierten Zusammenfassung der historischen Entwicklung der Tötungsdeliktsgesetze ihre aktuelle Systematik und Problemfelder dargestellt. Nach der Erörterung der Mängel des deutschen Tötungsstrafrechts bildet Ausgangspunkt der Untersuchung die Rechtsfolge des § 211 StGB in Form der lebenslangen Freiheitsstrafe, um sodann tatbestandliche Ausgestaltungsmöglichkeiten anhand von unterbreiteten Reformvorschlägen zu analysieren. Der Schwerpunkt ist dabei auf jüngst veröffentlichte Publikationen gerichtet, währenddessen früher erschienene Regelungsvorschläge zum umfassenderen Verständnis und zur Meinungsbildung in gebotener Kürze vorgestellt werden sollen. Zu fokussieren sind insbesondere bestehende Vor- und Nachteile der divergierenden Konzepte, welche jeweils kritisch zu bewerten sind.

Den Abschluss bildet ein Ausblick unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungstendenzen und –möglichkeiten und der Unterbreitung eigener Reformgedanken, welche von einem Appell an den Gesetzgeber flankiert werden.

14 Vgl. Zipf Würtenberger-FS, S. 151, 165.

B.) Überblick der Entwicklung des Mordparagrafen in der deutschen Strafgesetzgebung

Ein Grundriss der Entwicklungsgeschichte der deutschen Tötungsstrafgesetzgebung erweist sich für das Verständnis des heute geltenden Tötungsstrafrechtsgefüges aufgrund der prägenden Einflüsse als essentiell.¹⁵ Im Rahmen der historischen Entwicklung des deutschen Strafrechts wurde stets zwischen unterschiedlichen Tatbeständen der vorsätzlichen Tötung unterschieden. Allerdings variierten mit der Zeit die Kriterien der Strafbarkeit. Sie differierten zwischen den auf germanischer Tradition beruhenden kasuistisch geprägten, unrechtserhöhenden Merkmalen auf Grundlage eines sozialetischen Verwerflichkeitskonzepts einerseits, und einem auf römischer Rechtstradition zurückzuführenden psychologischen Überlegungskriteriums andererseits.¹⁶ Die Ausgestaltung der Deliktsunterscheidung ist dabei jeweils von der Lage des politischen und sozialen Staatsgefüges abhängig.

I.) Verwerflichkeitsmodell des alten deutschen Rechts

Das alte deutsche Tötungsstrafrecht beruhte auf einem Verwerflichkeitsmodell, welches durch die germanischen Volksrechte geprägt war. Diese sahen neben einer „ehrlichen“ Tötung, die zur Konfliktlösung akzeptiert war und mit einer Geldstrafe sanktioniert wurde, die besonders verwerflichen Tötungen vor. Eine solche konnte sich in der Heimlichkeit, in der Verheimlichung, unter Verletzung eines Treueverhältnisses, durch Tötung eines Wehrlosen, durch Gift oder mit Waffen und in der Tötung ohne ersichtlichen Grund begründen. Der Mord machte ehrlos. Der Mörder wurde mit der Todesstrafe bestraft. Während der Mörder den Tod am Rad

15 Belege zur Entstehungsgeschichte bei *Joecks/Jäger* Vor § 211 Rn. 2; *König* RuP 14, 9; *Rüping* JZ 79, 617, 618; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 98 ff; vertiefte Darstellung der Entwicklungsgeschichte bei *Linka*, S. 10-192.

16 *DAV* S. 21; *Rissing-van Saan* LK-StGB Vor §§ 211 Rn. 111; *dies.* in *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, S. 26, 28; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 98 ff.

starb, konnte der Totschläger meist die nicht entehrende Schwertstrafe beanspruchen.¹⁷

Dieses Konzept wirkte mit zusätzlichen, partiell gesinnungsethisch ausgeprägten Unrechtsmerkmalen bis in das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 fort, welches neben dem Totschlag in § 806 ALR die verwerflichere Tötung mit Vorbedacht in § 826 ALR, und zusätzliche Mordmerkmale in den §§ 839 ff. ALR wie die Tötung in Heimlichkeit, zur Nachtzeit und aus Gewinnsucht unterschied. Erwähnenswert erscheint diesbezüglich, dass bereits in § 806 ALR und § 826 ALR die Täter als Totschläger und Mörder bezeichnet wurden.¹⁸

II.) Prämeditationsprinzip 1813-1871

Dieses Konzept wurde durch das sogenannte Prämeditationsprinzip durchbrochen, welches später seinen Einzug in das deutsche Strafgesetzbuch als § 211 fand. Seine Genese ist bereits auf die römische Rechtstradition zurückzuführen.¹⁹ Die Rezeption in die deutsche Rechtspraxis ereignete sich allerdings erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts aufgrund der philosophisch geprägten Anschauungen der Aufklärung. Danach stellte eine kalkulierte Tötung einen schwerwiegenden Verstoß gegen die neue, vernunftbasierte Werteordnung dar.²⁰ Staatliches Strafen sollte durch das Vermeiden einer moralisierenden Perspektive eine erhöhte Legitimation erfahren.²¹ Eine herausragende Stellung im Rahmen der rezeptionellen Rechtsneuordnung nahm dabei das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 ein, welches in Art. 146 BayStGB den „mit Vorbedacht beschlossenen oder mit Überlegung ausgeführten“ Mord vom affektverursachten Totschlag in Art. 151 BayStGB unterschied. Dabei unterschied sich der Vorbedacht dadurch, dass er den vor der Tat überlegten Vorsatz umfasste, während die Überlegung im Zeitpunkt der Tat vorgelegen haben musste. Beide Elemente wurden im Bayerischen Strafgesetzbuch kumulativ aufgeführt.

17 *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT I § 2 I Rn. 1; *Thomas* S. 30 ff.; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 100.

18 Vielfach wird die Täterakzentuierung als von den Nationalsozialisten erfunden deklariert, darauf hinweisend *Trips-Herbert* BT/WissDie Nr. 17, S. 1.

19 Deziert *Wania* in *Karsai*, S. 97, 99.

20 Der französische code pénal von 1810 enthielt bereits das Kriterium, vgl. *Safferling* in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 811. Seine Einführung in die Rechtsordnung erfolgte 1813 in Bayern, 1851 in Preußen und 1871 im Deutschen Reich.

21 *Müssig Paeffgen-FS*, S. 301, 308.

Während der Mord mit der Todesstrafe sanktioniert wurde, wurde für den Totschlag Zuchthaus von unbestimmter Dauer dekretiert.²²

Das Bayerische Strafgesetzbuch hatte in hohem Maße Einfluss auf das preußische Recht ausgeübt, sodass das preußische Strafgesetzbuch 1851 sodann in § 175 den Mord ebenfalls als eine vorsätzliche Tötung „mit Überlegung“ auswies, welche mit der Todesstrafe geahndet wurde. Führt der Täter die Tötung hingegen ohne Überlegung aus, so machte er sich nach § 176 prStGB eines Totschlags strafbar und musste eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßen. § 177 prStGB privilegierte den im Affekt begangenen Totschlag, welcher mit einer Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren sanktioniert wurde. Das Merkmal des Vorbedachts, welches im Bayerischen Strafgesetzbuch noch seinen Niederschlag gefunden hatte, fehlte fortan vollständig. Das Kriterium der Überlegung fungierte als konstitutives, gesetzliches Abgrenzungsmerkmal. Diese Regelung wurde in das Reichsstrafgesetzbuch vom 15.05.1871²³ übernommen, wobei eine Differenz darin bestand, dass der Täter für einen Totschlag nach § 212 RStGB mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft wurde.²⁴

Obgleich eine konkrete Definition des psychologischen Merkmals der Überlegung (*dolus praemeditatus*) nicht vollständig überliefert ist, wurde die Überlegung wohl unabhängig vom Vorsatz festgestellt und als ein Mehr oder Darüberhinaus qualifiziert, indem der Täter planend vorgegangen sein musste und sich seiner widerstreitenden Motive bewusst war. Seiner Tat musste eine rationale, reflektiert-willentliche Entschlussfassung zugrunde gelegen haben.²⁵ Den Grund für die Strafschärfung bildete mithin das Handeln des Täters trotz Kenntnis aller Abhaltungsgründe, indem

22 DAV S. 7; *Küpper* Kriele-FS, S. 777, 778; *Müssig*, S. 55; *Thomas* S. 171; *Wania* in *Karsai* S. 97, 101.

23 RGBl. I, S. 127.

24 RGBl. 1871, S. 166, 167; die 1871 eingeführte Fassung von § 211 lautete: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“ - § 212 umfasste folgenden Wortlaut: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlags mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.“, vgl. auch *Hinz* SchlHA 15, 47, 48; *Küpper* Kriele-FS, S. 777, 778; *Safferling* in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 810; *Spoorendonk* SchlHA 14, 77.

25 *Rissing-van Saan* LK-StGB Vor §§ 211 Rn. 113; *Safferling* in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 811, 813; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 103.

B.) Überblick der Entwicklung des Mordparagrafen in der deutschen Strafgesetzgebung

er in vollem Bewusstsein und unter Offenbarung seiner strafwürdigen Gesinnung agierte.²⁶

In Abgrenzung zum Vorbedacht musste das Merkmal überdies im Zeitpunkt der Tathandlung und nicht im Zeitpunkt der Planung vorgelegen haben. Diese Deutung ergibt sich in Abgrenzung zum abweichenden Wortlaut des § 175 prStGB, wonach eine „Tötung mit Überlegung“ ausreiche, währenddessen § 211 RStGB erforderte, dass der Täter „die Tötung mit Überlegung *ausgeführt* hat“.²⁷

Dabei schloss in Abgrenzung zum Affekt eine starke Gemütsregung die Annahme der Überlegung nur dann aus, wenn für den Täter eine Abwägung unmöglich gewesen ist.²⁸

Heutzutage glaubt fälschlicherweise weiterhin ein Großteil der Gesellschaft, das Kriterium der Überlegung bilde das konstitutive Abgrenzungskriterium zwischen Mord und Totschlag.²⁹

III.) Nationalsozialistische Fassung von 1941

Dieses Überlegungsprinzip, welches auf der Grundlage des römisch-kanonischen Rechts seit dem 19. Jahrhundert als entscheidendes Kriterium für die Höchststrafwürdigkeit einer das menschliche Leben vernichtenden Tat galt, wurde 1941 abgeschafft.³⁰ Die Zäsur erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 04.09.1941, mit welchem der

26 Safferling in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 812; a.A. Ferner Reform der Tötungsdelikte, vom 09.02.2014, welcher eine gesinnungsrechtliche Sanktionierung nicht für gegeben ansieht.

27 RGSt 3, 295, 296; 8, 276, 278; Safferling in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 812.

28 RGSt 42, 260; 62, 196, 197; Safferling in Abschlussbericht der ExG, S. 809, 814.

29 Das ebenfalls feststellend Köhne ZRP 14, 21, 22.

30 In den Vorarbeiten der Strafrechtskommission wurden mehrere Vorschläge unterbreitet. Erwähnenswert ist dabei insbesondere die erste Lesung von 1933 bis 1934, welche einen Entwurf von Roland Freisler mit bereits tätertypisierenden Elementen deklaratorischer Art umfasste. Dieser vermochte sich indes nicht durchzusetzen. Darüber hinaus waren die Mordmerkmale des redaktionellen Entwurfs bis einschließlich zur zweiten Lesung als Regelbeispiele mit der Anknüpfung an die besondere Verwerflichkeit ausgestaltet. Innerhalb der zweiten Lesung von 1935 bis 1936 dominierte die Thematik um die Absolutheit der Todesstrafe, vgl. Eser Kargl-FS, S. 91, 96; Hinz SchlHA 15, 47, 51-52; Linka, S. 159 ff.; Reinhard in Abschlussbericht der ExG, S. 703, 706.

heute geltende § 211 den Eingang in das Strafgesetzbuch fand.³¹ Dabei beruhen die kasuistisch gefassten Mordmerkmale als Gegensatz zur römisch-rechtlichen Tradition der Prämeditation wiederum auf dem germanischen Verwerflichkeitskonzept.³²

Es wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Fassung des Gesetzes von 1941 auf einem ersten Entwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch von Carl Stooss³³ (auch: Carl Stooß) aus dem Jahr 1893 basiert, wobei seine Vorarbeiten letztlich keinen Eingang in die Gesetz gewordene Fassung der Schweiz fanden.³⁴ Nach den Überlegungen von Stooss sollte zur Erschaffung eines neuartigen Tötungsgefüges in der Schweiz das psychologische Differenzierungsmerkmal, die mit Überlegung ausgeführte Tat, durch einen Kanon von ethisch basierten Mordmerkmalen unter dem Leitprinzip der sittlichen Verwerflichkeit ersetzt werden. Diese traditionell volkstümliche Wertethik habe dem damaligen Zeitgeist entsprochen.³⁵ Dabei umfasste der Urentwurf bereits sieben der aktuell neun normierten Mordmerkmale.³⁶ Indes wird des Öfteren versäumt zu konstatieren, dass im Rahmen der Kasuistik von Stooss die niedrigen Beweggründe noch nicht inbegriffen waren und ihm die Tätertypenlehre in Form der Täter-

31 RGBl. I, S. 549; ausführliche Untersuchung, inwieweit eine nationalsozialistische Belastung der Tötungsparagrafen besteht, erfolgt durch *Hinz SchlHA* 15, 47 ff.; verkürzt bei *Spoorendonk SchlHA* 14, 77.

32 *Müssig*, S. 81; *Safferling* in Abschlussbericht der ExG, S. 809; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 100.

33 *Stooss* Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven 1894, S. 38. Danach lautete der dreistufige Tatbestand des Art. 50 Schw. VE von 1893 wie folgt: Totschlag. *Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 Jahren bis 15 Jahren bestraft; begeht er die That in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis zu 10 Jahren.*

Mord. Tötet der Thäter aus Mordlust, Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslanglichem Zuchthaus bestraft.

34 Ausführlichst dazu *Haas ZStW* 16, 316, 319 ff.; *Hinz SchlHA* 15, 47, 49; *Linka*, S. 70, welche auch die Folgeentwürfe darstellt; *Joecks/Jäger* Vor § 211 Rn. 15a; *König RuP*, 14, 9; *Küpper Kriele-FS*, S. 777, 779; *Mitsch ZRP* 14, 91; *Rissing-van Saan LK-StGB* Vor §§ 211 Rn. 116; *Rüping JZ* 79, 617, 618; *Schroeder JuS* 84, 275, 276; *Sowada JZ* 00, 1035, 1037.

35 *Stooss* Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven 1894, S. 147; vgl. dazu auch *Hinz SchlHA* 15, 47, 49; *Sowada JZ* 00, 1035, 1037; *Wania* in *Karsai*, S. 97, 106.

36 Siehe Wortlaut des Entwurfs (Fn. 33). Nicht umfasst waren demnach die niedrigen Beweggründe und die Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes.

akzentuierung fremd war.³⁷ Vermehrt wird allerdings ohne hinreichende Belege behauptet, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfunden habe. Diese ubiquitär zu vernehmende Ansicht wird jedoch, wenn auch nur vereinzelt, dafür aber sehr detailliert erarbeitet mit einem Verweis auf die weitere schweizerische Gesetzesentwicklung, angezweifelt.³⁸ Anhand der Protokolle einer zweiten schweizerischen Expertenkommission, welcher Stooss sodann nicht mehr angehörte, kann aufgezeigt werden, dass zur Ergänzung der von Stoos vorgeschlagenen Kasuistik ein Auffangmerkmal für alle verwerflichen Tötungen erarbeitet und der Terminus der „niedrigen Beweggründe“ erstmals 1913 verwendet wurde.³⁹ Der den Tagungen folgende Entwurf in der Schweiz von 1916 umfasste dann in Art. 104 Schw. VE die „gemeinen Beweggründe“.⁴⁰

In der deutschen Gesetzgebungsentwicklung sind die „niedrigen Beweggründe“ erstmalig in einem Zweitentwurf von Roland Freisler während der zweiten Lesung der amtlichen Strafrechtskommission erschienen, wobei dieser ein kasuistisches Modell dezidiert ablehnte.⁴¹ Im anschließend erstellten Kommissionsentwurf aus dem Jahr 1936 wurde die bis dahin in den Lesungen noch favorisierte Regelbeispieltechnik eliminiert. Als Ausgleich wurde indessen ein Ausnahmetatbestand in Form eines dritten Absatzes eingefügt, um die Todesstrafe nicht zwangsläufig ausurteilen zu

37 Das explizit hervorhebend *Beck* ZIS 16, 10, 12; *DAV* S. 7, 30; *Haas* ZStW 16, 316, 319; *Köhne* JuS 14, 1071; *König* RuP, 14, 9, 10.

38 *Hinz* SchlHA 15, 47, 49 ff.; *Linka* S. 70.

39 *Hinz* SchlHA 15, 47, 49; erwähnt von *Schneider* MüKo-StGB § 211 Rn. 5.

40 Die vorsätzliche Tötung des Art. 103 Schw. VE lautete: *Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.*

Der in Art. 104 Schw. VE niedergeschriebene Mordtatbestand wies folgenden Wortlaut auf: *Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, um die Begehung eines andern Vergehens zu verdecken oder zu erleichtern oder aus andern gemeinen Beweggründen, mit besonderer Grausamkeit, heimtückisch, durch Feuer, Sprengstoff oder andere Mittel, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.*

Art. 105 Schw. VE normierte den Totschlag folgendermaßen: *Tötet der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung, so wird er mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren bestraft.* Zitiert nach *Hinz* SchlHA 15, 47, 49; eine Kopie der Originalseiten ist ebenfalls im Internet abrufbar unter https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-1d98-62cb-ffff-ffffc2dc98d2/27_Vorentwurf_zu_einem_schweizerischen_Strafgesetzbuch_Fassung_der_zweiten_Expertenkommission_oktober_1916_wba16.pdf.

41 Der Formulierungsvorschlag von Freisler ist abgedruckt bei *Hinz* SchlHA 15, 47, 52.

müssen. In der finalen Fassung des Mordtatbestandes von 1941 wurde der Kommissionsentwurf lediglich um das Kriterium der Verdeckungsabsicht erweitert.⁴²

Im Rahmen der nationalsozialistischen Ausgestaltung als Tötungsverbrechen eigener Art sollte sodann als entscheidendes Kriterium der Tätertyp des Mörders als personalisierende Kategorie eines Feindbildes fungieren, die niedrigen Beweggründe als die ihn leitenden Handlungsmotive. Auf niedrigster Stufe verachtenswert und verwerflich handelnd würde man kein Mörder werden, sondern man sei es von Natur aus bereits aufgrund der eigenen charakteristischen Wesensstrukturen.⁴³ Bestärkt wurde die Auslegung des Mordtatbestand anhand des des normativen Tätertypus mit dem Verweis auf den Aufsatz von Freisler aus dem Jahr 1941.⁴⁴ Indes lehnte das Reichsgericht bereits ein Jahr nach Novellierung des Mordtatbestandes die normative Tätertypenlehre ab.⁴⁵ Sprachlich ins Auge sticht vor allem die Fassung der Täterbeschreibung als Mörder und Totschläger.⁴⁶ Seither differiert die Formulierung der §§ 211, 212 StGB von den anderen strafbaren Verhalten festlegenden Tatbeständen.⁴⁷

42 Haas ZStW 16, 316, 320; Hinz SchlHA 15, 47, 54. Die Fassung des § 211 RStGB (Mord) vom 15. September 1941 wies folgenden Wortlaut auf:

(1) *Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.*

(2) *Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.*

(3) *Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.*

43 Vgl. Deckers AnwBl 14, 868; Gerhold NK 16, 231, 233; Spoorendonk SchlHA 14, 77; Wania in Karsai, S. 97, 105.

44 Freisler DJ 41, 929, 934, wonach die in § 211 Abs. 2 RStGB kasuistischen Mordmerkmale nicht abschließend seien, sondern den ersten Absatz des Mordtatbestandes und damit den Tätertyp des Mörders allenfalls deskriptiv unterstützen würden.

45 RGSt 76, 297, 299. Zeitgenössische Meinungen dargestellt bei Frommel JZ 80, 559.

46 Zwar sahen die schweizerischen Arbeiten eine neutrale Fassung der Täterbezeichnung vor, vgl. Wortlaut der Fassung in Fn. 42, indessen existierte eine Täterakzentuierung bereits im ALR, vgl. *Trips-Herbert* BT/WissDie Nr. 17, S. 1.

47 Vgl. Spoorendonk SchlHA 14, 77.

IV.) Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklungen nach 1941

Mit dem Ende des nationalsozialistischen Regimes folgte eine Änderung der Rechtsfolge. Die Todesstrafe, welche letztlich eine aus dem Talionsprinzip entspringende Sanktion darstellt, wurde am 04.08.1953 im Rahmen des 3. Strafänderungsgesetzes aufgrund der Verfügung des Art. 102 GG abgeschafft und durch die lebenslange Zuchthausstrafe ersetzt. Die Ausnahmevorschrift des Absatzes drei wurde ersatzlos entfernt.⁴⁸

Aufgrund des ersten Strafrechtsreformgesetzes vom 25.06.1969 wurde zum 01.04.1970 das lebenslange Zuchthaus durch die lebenslange (Gefängnis-)Freiheitsstrafe substituiert.

Indes wurden die Mordmerkmale des geltenden § 211 StGB unmodifiziert übernommen, die niedrigen Beweggründe fungierten als Auffangmordmerkmal.⁴⁹

Trotz der Übernahme der Mordmerkmale wandte die rechtsprechende Gewalt der Bundesrepublik kein NS-Recht an. Vielmehr wurde durch ein Verweis auf die Entwürfe von Carl Stooss der originär nationalsozialistische Ursprung negiert und es fand eine Fokussierung auf ein tatzentriertes Strafrecht statt.⁵⁰ Um eine rechtsstaatliche Domestizierung zu ermöglichen, war die Justiz zudem zu Rechtsfortbildungen genötigt.⁵¹ Initiiert durch einen Vorlagebeschluss des LG Verden⁵² bezog das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG 1977 Stellung zur Verfassungsmäßigkeit des § 211 StGB: Das LG Verden stufte den Paragrafen als verfassungswidrig ein. Seinen qualifizierten Begehungsformen würde ein fiktiver Schuldgehalt beigemessen, welcher nicht zwingend der persönlichen Schuld des Täters entspreche. Es widerspreche Gerechtigkeitserwägungen, über das als richtig evaluierte Strafmaß hinaus obligatorisch die lebenslängliche Freiheitsstrafe verhängen zu müssen, obgleich die betreffende Tat objektiv nicht verwerflicher einzustufen sei als eine vorsätzliche Tötung ohne erschwerende Gründe im Rahmen des § 212 StGB. § 211 StGB sei daher nicht mit dem in Art. 3 Abs. 1 GG normierten Gleichheitsgrundsatz zu vereinbaren, zudem verletze er die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG

48 Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 04.08.1953, BGBl. I 1953, S. 735-750.

49 Der Mordtatbestand wurde vom Obersten Gerichtshof für die Britische Zone für unbedenklich erklärt, vgl. OGHSt 1, 95, 98.

50 *Wania* in Karsai, S. 97, 107.

51 Vgl. *Maas* RuP 14, 65, 66.

52 LG Verden NJW 1976, 980.

mit der Folge, dass das Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht gewahrt sei. Darüber hinaus seien die negativen Auswirkungen des lebenslangen Vollzugs für den Täter tiefgreifend. Die exklusiv-absolute lebenslange Freiheitsstrafe verstoße gegen die in Art. 1 GG geschützte Würde des Täters, indem sie den Menschen zum Objekt des Vollzugs degradiere.⁵³

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte indes die Verfassungsmäßigkeit. Es befand, dass sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolge des § 211 StGB bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz zu vereinbaren sind. Unverhältnismäßige Strafen seien durch einschränkende Auslegung der Mordmerkmale, durch Anwendung allgemeiner Milderungsmöglichkeiten der §§ 20, 21, 22, 23 Abs. 2 StGB, die §§ 105, 106 JGG, eine erschöpfende Berücksichtigung der §§ 32, 35 StGB, eine intensive Untersuchung, inwieweit eine bloße Teilnahme vorliegt und damit eine Strafmilderung (§ 27 Abs. 2 StGB) erfolgen muss, etwaige Irrtümer⁵⁴ oder auf anderem Wege zu verhindern.⁵⁵ Die Entscheidung erlangte durch § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG Gesetzeskraft.⁵⁶

Durch diese höchstrichterliche Vorgabe konnte sodann das Institut der lebenslangen Freiheitsstrafe suspendiert werden: Neben der restriktiven Anwendung der Mordmerkmale favorisierte der Große Strafsenat des BGH mit der sog. Rechtsfolgenlösung vom 19.05.1981 einen oben genannten anderen Weg.⁵⁷ Es wurde weiterhin an der Exklusivität der Mordmerkmale festgehalten. Es konnte jedoch fortan bei Vorliegen außergewöhnlicher entlastend-schuldmindender Umstände, welche zwar nicht die Voraussetzungen der vertypen Strafmilderungsgründe erfüllten, dieselbe Wirkung erzielt werden, indem die lebenslange Freiheitsstrafe durch Eröffnung des Milderungsrahmens des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Rahmen des Heimtückemerkmals ersetzt werden konnte.

Daran anknüpfend ermöglichte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 57a StGB durch das 20. Strafrechtsänderungsgesetz vom 08.12.1981

53 LG Verden NJW 1976, 980.

54 Vgl. dazu eingehend *Kargl* JURA 04, 189, 190; *Neumann* Eser-FS, S. 431, 437, welche aufzeigen, dass eine Lösung zur Umgehung der lebenslangen Freiheitsstrafe über § 35 Abs. 2 StGB ausschließlich ein Nothelf darstelle und zumeist die Irrtumsvoraussetzungen nicht einschlägig seien.

55 BVerfGE 45, 187, 261 f.; Verhinderungswege aufzählend *Frommel* in *Weber/Scheerer*, S. 69, 72 ff.; *Küpper* Kriele-FS, S. 777, 782; *Mandla* Rössner-FS, S. 845, 861, 862; *Rengier* ZStW 80, 459, 478; *Scheffler* JR 96, 485, 487; *Schneider* MüKo-StGB § 211 Rn. 30-32.

56 BGBl. I 1977, S. 1236.

57 BGHSt 30, 105.

B.) Überblick der Entwicklung des Mordparagrafen in der deutschen Strafgesetzgebung

die Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach einer 15-jährigen Mindestverbüßungszeit und erfüllte die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts von 1977.⁵⁸

In Folge des 6. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 26.01.1998 wurde der Strafraum des § 213 StGB novelliert, indem die Mindeststrafe von sechs Monaten auf ein Jahr angehoben wurde.⁵⁹ Dogmatische Änderungen erfolgten indes nicht.

58 Durch Art. 1 Nr. 3 des 20. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 08.12.1981, BGBl. I 1981, S. 1329.

59 BGBl. I 1988, S. 164.

C.) Problemaufriss: Reformbedarf? – die Mängel des geltenden Tötungsstrafrechts

Die Tötungsdeliktsgesetze sind nicht durch eine singuläre Problematik gekennzeichnet. Vielmehr hat sich eine Vielzahl partiell ineinander greifender Schwächen entwickelt. Es erfolgt eine Darstellung der Kritikpunkte.

I.) Ideologische Bürde des § 211 StGB

Initiierender Einwand vieler Kritiker bildet zunächst ein ideologischer Aspekt bezüglich der Tötungstatbestände, indem die nationalsozialistische Provenienz unter Verwendung der Begriffe „Mörder“ im § 211 Abs. 1 und Abs. 2 StGB und „Totschläger“ im § 212 Abs. 1 StGB bemängelt wird.⁶⁰

Es wird zwar konstatiert, dass allein die Normgenese während der nationalsozialistischen Herrschaft nicht ihre ideologische Belastung beweise.⁶¹ Indes wird vermehrt ablehnend darauf hingewiesen, dass § 211 StGB auf der nationalsozialistischen Tätertypenlehre von 1941 basiere, und damit auf der Idee der Existenz von prägenden Verbrecherpersönlichkeiten. Der Mordparagraf beschreibe nicht objektiv eine Handlung als Tat, wie dies für andere Straftatbestände realisiert worden sei.⁶² Grundsätzlich umfasst

60 *Amann* auf Spiegel Online, vom 26.03.2016; *Dölling Streng-FS*, S. 3; *Eser AnwBl* 14, 877, 878; *ders. Kargl-FS*, S. 91, 96; *Fischer AnwBl* 14, 883; *Grünwald* auf LTO, vom 30.12.2013; *Haas ZStW* 16, 316, 319 ff.; *Heine et al. AE-Leben GA* 08, 193, 194; *Hirsch Rissing-van Saan-FS*, S. 219, 222; *Höhne KJ* 14, 282, 284; *Köhne ZRP* 07, 165, 166; *ders. JuS* 14, 1071; *König ZRP* 14, 9; *ders. AnwBl* 17, 746; *Krebl*, 100 Jahre Rechtswissenschaft, S. 317; *Kreuzer Schöch-FS*, S. 495, 496; *Kubik/Zimmermann StV* 13, 582; *Nestler StV* 14, Editorial; *Gössel bei Pintaske/Sitzer* in *Rechtssprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, S. 61, 62, welcher eine braune Färbung feststellt; *Schneider FPPK* 15, 245; *Spoorendonk SchlHA* 14, 77; *Wolf Schreiber-FS*, S. 519; vgl. zur bestehenden Reformbedürftigkeit die Expertenkommission, in *Abschlussbericht der ExG*, S. 10; a.A. *Franzen BJ* 15, 127, 128 welcher die Formulierung für ehrlicher hält.

61 *Hinz SchlHA* 15, 47, 48; *Spoorendonk RuP* 14, 42.

62 *DAV* S. 28; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann NStZ* 14, 9, 10; eingehend zum Gehalt der Tätertypenlehre und der damalig bereits geäußerten Kritik *Frommel JZ* 80, 559; *Grünwald* auf LTO, vom 30.12.2013; *Hinz SchlHA* 15, 47, 54;

se ein Straftatbestand nachweislich eine objektive Umschreibung dessen, was der Täter mit Wissen und Wollen verwirklicht haben muss, damit eine Strafbarkeit begründet ist. Die den Täter bewegenden Motive würden üblicherweise erst im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.⁶³ Mit der Lehre vom normativen Tätertyp sei eine Straftat nicht mehr ausschließlich aufgrund ihres äußeren tatbestandlichen Erscheinungsbildes bewertet worden.⁶⁴ Vielmehr konnte gegebenenfalls Täter einer Straftat nur derjenige Delinquent gewesen sein, welcher auch den mit dem Tatbestand korrespondierenden Typen des Täters verkörpert habe.⁶⁵ Das bis 1941 implementierte Tatstrafrecht sei durch die nationalsozialistische Gesetzgebung und Rechtsprechung in ein Täterstrafrecht umgebildet worden, welchem eine biologistische Anschauung zugrunde gelegen habe.⁶⁶ Mit der Formulierung „Mörder ist, wer ...“ sei der subjektive Standpunkt der moralischen Minderwertigkeit des Täters als dem Strafgesetzbuch systemfremdes Element bereits im Tatbestand kodifiziert worden.⁶⁷ Die Nationalsozialisten hätten propagiert, dass diese Minderwertigkeit nicht erst aufgrund einer Tat entstanden sei, sondern dem Täter bereits durch seine Herkunft, Rasse oder Gesinnung innegewohnt habe.⁶⁸ Erich Schmidt-Leichner, Landgerichtsrat im damaligen Reichsjustizministerium habe diese Haltung prononciert phrasiert: „Mörder wird man nicht, Mörder ist man“.⁶⁹ Der Mörder sei dabei von grundsätzlich anderer Wesensart als ein Totschläger eingestuft worden. Der nationalsozialistische Gesetzgeber habe folglich einen an Fallgruppen charakterisierten Tätertypus des Mörders erschaffen, den sich der Richter nur anzusehen brauchte, um sodann urteilen zu können, dass für diesen Delinquenten die Todesstrafe verhängt

Ignor FPPK 15, 236; *Kubik/Zimmermann* StV 13, 582; *Riess* NJW 68, 628, 629; *Spoorendonk* RuP 14, 42; *dies.* SchlHA 14, 77; *Wilmes* AnwBl 16, 494, 495.

63 *Galli* Strafrechtsreform, vom 13.10.2014.

64 Die Lehre wird teilweise auch auf die Werke von Dahm und Wolf zurückgeführt, vgl. *Dahm* FS-Siber, S. 183, 191 ff. und *Wolf*, Vom Wesen des Täters, S. 36.

65 *Hinz* SchlHA 15, 47, 54; *Riess* NJW 68, 628, 629.

66 *Beck* ZIS 16, 10, 13; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 14, 9, 10; *Frommel* JZ 80, 559, 560; *dies.* in *Weber/Scheerer*, S. 69, 70; vgl. auch *Schmidt-Leichner* DR 41, 2145, 2147.

67 Innerhalb des deutschen Strafgesetzbuchs ist eine solche Formulierung ansonsten nicht geläufig; in § 242 StGB beispielsweise wird der Täter auch nicht als Dieb oder in § 263 StGB als Betrüger tituliert.

68 Vgl. *Bommarius* AnwBl 14, M38; *Frommel* JZ 80, 559, 560; *Spoorendonk* RuP 14, 42; *dies.* SchlHA 14, 77.

69 *Schmidt-Leichner* DR 41, 2145, 2148; referierend *Demling* auf Spiegel Online, 20.05.2014; *Grünwald* auf LTO, vom 30.12.2013; *Scheffler* JR 96, 485, 486.

werde.⁷⁰ Reziprok sei der Täter im Rahmen des Totschlags in Exklusivität zu demjenigen des Mörders definiert worden („ohne Mörder zu sein“).⁷¹

Überdies wird bemängelt, dass sich die historische Belastung nicht nur im Wortlaut, sondern darüberhinaus systematisch durch das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe manifestiert habe. Der dehnbare Begriff der Niedrigkeit habe damals erneut die Stigmatisierung des Täters hinsichtlich seiner charakterlicher Verworfenheit und schädlichen Gesinnung ermöglicht.⁷² Die Nationalsozialisten hätten bewusst die Abgrenzung der Tötungsdelikte anhand dieser sittlichen Bewertung vollzogen. Sie habe sich für das Regime von grundsätzlicher Bedeutung erwiesen. Die Nationalsozialisten hätten proklamiert, dass das Strafrecht in der staatlich-autoritativen Feststellung einer gemeinschaftssittlichen Missbilligung überhaupt erst seine Grundlage erfahren habe.⁷³

Es wird kritisch daran erinnert, dass der nationalsozialistische Richter überzeugt gewesen sei, aufgrund des gesunden Volksempfindens auch ohne tatbestandliche Konkretisierung entscheiden zu können, wer ein Mörder war.⁷⁴ Aufgrund der Abschaffung des Analogieverbotes im Jahr 1935 sei es dem Richter zudem nicht mehr verboten gewesen, eine nicht strafbare Handlung zu verurteilen.⁷⁵ Trotz formaler Erfüllung des Tatbestandes konnten diejenigen Täter, deren Gesinnung nicht als verwerflich eingestuft wurde, im Wege einer Gesamtwürdigung freigesprochen wer-

70 Zumeist wird auf den berühmten Satz von Roland Freisler verwiesen, welcher lautete: „Das Subjekt verdient den Strang.“, *Freisler* DJ 39, 1450, 1451; vgl. *Eser* Kargl-FS, S. 91, 96; *Fischer* auf Zeit Online, vom 12.12.2013; *Maas* RuP 14, 65; *ders.* auf Stuttgarter Zeitung, vom 25.06.2014.

71 *Spoorendonk* SchlHA 14, 77.

72 *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 14, 9, 10; *Hirsch* bei *Pintaske/Sitzer* in Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, S. 61; *Müsig* aeffgen-FS, S. 301, 305.

73 *Grünwald* S. 40.

74 *Fischer* auf Zeit Online, vom 12.12.2013; *Frommel* in *Weber/Scheerer*, S. 69, 78; *Haas* ZStW 16, 316, 321; *Rath* auf LTO, vom 17.05.2015; *Spoorendonk* RuP 14, 42; *dies.* SchlHA 14, 77; *Uwer/von Schlieffen* Policy Paper, S. 3.

75 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28.6.1935, vgl. RGBl. I, S. 839. Danach trat gewissermaßen ein Analogiegebot in Kraft. § 2 RStGB enthielt folgenden Wortlaut: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“