

MARTINA PLÜSS

Der Mordparagraf in der NS-Zeit

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

97

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert
und Christoph Schönberger

97



Martina Plüss

Der Mordparagraf in der NS-Zeit

Zusammenhang von Normtextänderung,
Tätertypenlehre und Rechtspraxis – und ihr Bezug
zu schweizerischen Strafrechtsdebatten

Mohr Siebeck

Martina Plüss, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft in Zürich und Luzern; 2014–15 Wiss. Assistentin am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte, juristische Zeitgeschichte und Rechtstheorie an der Universität Luzern; 2015 Auditorin am Kantonsgericht Zug; 2016 Substitutin bei einer Anwaltskanzlei in Zug; 2017 Promotion.

ISBN 978-3-16-155898-6 / eISBN 978-3-16-156150-4
DOI 10.1628/978-3-16-156150-4

ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Allen, die mich beim Abfassen dieser Dissertation, die im Juni 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern angenommen wurde, begleitet haben, gilt mein Dank.

Insbesondere Herrn Prof. Dr. iur. Thomas Henne, der das Thema dieser Arbeit anregte, mir mit Rat und persönlichem Engagement zur Seite stand und mich als Doktorvater begleitete. Auch dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. iur. Felix Bommer, sowie dem Vorsitzenden des Dissertationskolloquiums, Herrn Prof. Dr. iur. Andreas Eicker, danke ich.

Ebenfalls möchte ich Jael Plüss für das kritische Gegenlesen des (damals in meinen Augen fast fertigen) Dissertationsentwurfs, den Mitarbeitenden des Bundesarchivs Berlin und sämtlicher besuchten rechtswissenschaftlichen Bibliotheken für ihre Hilfsbereitschaft danken. Ebenso allen anderen, die mit viel Geduld, einem offenen Ohr für Fragen und als Diskussionspartner ihren Beitrag dazu leisteten, dass diese Dissertation zustande kommen konnte.

Die Untersuchung des Themas endete Ende März 2016, sodass allfällige spätere Entwicklungen – insbesondere des weiteren Verlaufs der aktuellen Reform der Tötungsdelikte in Deutschland – keinen Eingang in die Dissertation fanden.

Zug, im Dezember 2017

Martina Plüss

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XVII
<i>1. Teil: Einleitung</i>	1
1. Kapitel: Ausgangspunkt und Forschungsinteresse	4
2. Kapitel: Zentrale Thesen	10
3. Kapitel: Zeitliche und sachliche Abgrenzung des Themas	13
4. Kapitel: Literatur- und Quellenlage sowie Gang der Untersuchung	14
<i>2. Teil: Historische Einführung und Tätertypologie</i>	17
1. Kapitel: Strafrechtsdebatten im 19. und 20. Jahrhundert und Strafrechtsvereinheitlichungspläne	17
2. Kapitel: Nationalsozialistisches Strafrecht	23
3. Kapitel: Theorie der Tätertypenlehre	39
<i>3. Teil: Schweizer Strafrechtsdebatten zwischen 1891 und 1941 im Zusammenhang mit dem neuen StGB-CH von 1937 und ihr Deutschlandbezug</i>	87
1. Kapitel: Entstehungsgeschichte StGB-CH vom 21. Dezember 1937	87
2. Kapitel: Föderalistische Strafrechtsgesetzgebung und ihre Folgen	94
3. Kapitel: Entwürfe und Debatten zu den Tötungsdelikten des StGB-CH	98
4. Kapitel: Gesamteuropäische Bedeutung	112
<i>4. Teil: Die Normtextentwicklung im Mordparagrafen des StGB-D zwischen 1871 und 1945</i>	119
1. Kapitel: Mordparagraf vor 1941	119
2. Kapitel: Mordparagraf ab 1941	176

<i>5. Teil: Folgen der Normtextänderung des § 211 StGB-D von 1941</i>	217
1. Kapitel: Folgen in der Rechtsprechung	217
<i>6. Teil: Resultate der Untersuchung</i>	243
1. Kapitel: Abschließende Diskussion der eingangs aufgestellten Thesen	243
2. Kapitel: Zusammenfassende Schlussbetrachtung	267
<i>Anhang</i>	271
Literaturverzeichnis	317
Materialienverzeichnis	329
Stichwortregister	333

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVII
<i>1. Teil: Einleitung</i>	1
1. Kapitel: Ausgangspunkt und Forschungsinteresse	4
I. Aktuelle Reformbestrebungen zum Mordtatbestand	5
II. Forschungsfragen	7
III. Forschungsstand	8
2. Kapitel: Zentrale Thesen	10
I. Freisler als treibende Kraft hinter der StGB-D-Änderung von 1941	10
II. Ursprung der Formulierung von § 211 StGB-D im StGB-Entwurf der Schweiz von 1918	11
III. Tätertypologie im 1941 eingeführten § 211 StGB-D	11
IV. Kaum Auswirkungen der Änderung von 1941 auf die Rechtspraxis	13
3. Kapitel: Zeitliche und sachliche Abgrenzung des Themas	13
4. Kapitel: Literatur- und Quellenlage sowie Gang der Untersuchung	14
<i>2. Teil: Historische Einführung und Tätertypologie</i>	17
1. Kapitel: Strafrechtsdebatten im 19. und 20. Jahrhundert und Strafrechtsvereinheitlichungspläne	17
I. Internationale Kriminalistische Vereinigung (IKV, Union Internationale de Droit Pénal)	19
II. Internationale Kongresse	21
2. Kapitel: Nationalsozialistisches Strafrecht	23
I. Roland Freisler und Hanns Kerrl	23
II. Generelles zeitgenössisches Verständnis in der NS-Zeit	28
III. Deutsches Strafrecht aus europäischer Perspektive	35
IV. Fazit	37

3. Kapitel: Theorie der Tätertypenlehre	39
I. Ursprung der Tätertypenlehre	40
1. Anfänge im 19. Jahrhundert	40
2. Dogmatische und kriminologische Debatte	42
3. Tätertypologie nach Franz von Liszt	44
a) Unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher (unverbesserliche Zustandsverbrecher)	45
b) Besserungsfähige und besserungsbedürftige Verbrecher (besserungsfähige Zustandsverbrecher)	45
c) Gelegenheitsverbrecher (Augenblicksverbrecher)	45
4. 1920er-Jahre: Entwicklung Richtung Kriminalbiologie	45
II. Tätertypenlehre in der NS-Zeit	48
1. Bedeutung der Täterpersönlichkeit und der Gesinnung	49
2. Begriff Täterstrafrecht	51
3. Begriff Tätertyp	54
a) Kriminologischer Tätertyp	54
b) Normativer Tätertyp	55
c) Zeitgenössische Verwendung des Begriffs „Tätertyp“	58
aa) Generationenunterschiede	59
bb) Georg Dahm: normativer Tätertyp	60
cc) Edmund Mezger: Lebensführungsschuld	62
dd) Roland Freisler als potenzieller Urheber des § 211 StGB-D von 1941	64
ee) Übrige Autoren und generelles zeitgenössisches Verständnis	66
d) „Tätertyp“ in der Gerichtspraxis	74
aa) RGSt 73, 185: Tätertyp „Zuhälter“	75
bb) RGSt 76, 79 und RGSt 76, 120: Tätertyp „Volksschädling“	75
cc) Entwicklung der Rechtsprechung aus zeitgenössischer Sicht	77
III. Fazit	78
<i>3. Teil: Schweizer Strafrechtsdebatten zwischen 1891 und 1941 im Zusammenhang mit dem neuen StGB-CH von 1937 und ihr Deutschlandbezug</i>	<i>87</i>
1. Kapitel: Entstehungsgeschichte StGB-CH vom 21. Dezember 1937	87
I. Vorgeschichte	87
II. Prinzipien im neuen Schweizer Strafgesetzbuch	89

1. Dualismus Strafe und sichernde Maßnahmen	89
2. Tätertypenlehre	89
2. Kapitel: Föderalistische Strafrechtsgesetzgebung und ihre Folgen . . .	94
3. Kapitel: Entwürfe und Debatten zu den Tötungsdelikten	
des StGB-CH	98
I. Erster Vorentwurf: 1893 (Carl Stooss)	98
II. Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Expertenkommission 1896	99
III. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches, Juni 1903	102
IV. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, neue Fassung der Expertenkommission, April 1908	102
V. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der zweiten Expertenkommission, Oktober 1916	103
VI. Fassung des Bundesrats: Botschaft vom 23. Juli 1918	105
VII. Der 1942 inkraftgetretene Mordartikel	106
1. Beratungen Nationalrat 1928/1929	106
2. Beratungen Ständerat 1931	108
3. Beratungen Nationalrat 1934	109
4. Endgültiger Artikel 1942	109
VIII. Tätertypenlehre in Art. 112 StGB-CH: Schlussfolgerungen	110
4. Kapitel: Gesamteuropäische Bedeutung	112

*4. Teil: Die Normtextentwicklung im Mordparagrafen
des StGB-D zwischen 1871 und 1945*

1. Kapitel: Mordparagraf vor 1941	119
I. Ausgangspunkt: Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871	120
II. Deutsches Reich von 1918 bis 1933 (Weimarer Republik)	121
1. 1922: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf Radbruch)	122
a) Normtext	122
b) Bezug auf Tätertypologie	123
c) Resultat	123
2. 1925: Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches	123
a) Normtext	124
b) Tätertypologie	126

c) Resultat	126
3. 1927: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Reichsratsvorlage)	126
a) Normtext	126
b) Tätertypologie	127
c) Resultat	128
4. 1930: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf Kahl)	128
5. Fazit	128
III. 1933–1941: NS-Zeit vor der Normtextänderung 1941	130
1. Stand der Strafrechtsreform	131
a) Parallele Aktivitäten	131
aa) Denkschrift des preußischen Justizministers Hanns Kerrl	132
bb) Amtliche Strafrechtskommission	136
cc) Akademie für Deutsches Recht: Zentralausschuss der Strafrechtsabteilung	140
dd) Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht des Reichsrechtsamts der NSDAP (Dr. Hans Frank)	141
ee) Gesellschaft für Deutsches Strafrecht	142
b) Änderungen des Besonderen Teils des StGB-D während der NS-Zeit im Überblick	142
c) Kritik an der seit 1871 geltenden Version des Mordparagraphen	144
2. 1933: Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs	147
3. 1936: Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs	148
a) Beteiligte bezüglich der Tötungsdelikte	149
b) Entwurf 1. Lesung (1934)	150
aa) 20. Sitzung: Vorschlag Berichterstatter Gleispach	150
bb) 20. Sitzung: Vorschlag Berichterstatter Freisler	152
cc) 20. Sitzung: Diskussion	154
dd) Weiterentwicklung nach der 20. Sitzung: Wortlaut-Vorschlag Unterkommission XII	157
ee) Resultat 1. Lesung	158
c) Entwurf 2. Lesung (Stand Februar 1936)	159
d) Entwurf 2. Lesung (Stand Mai 1936)	160
e) Entwurf 2. Lesung (Juli 1936)	160
f) Abschlusstagung der Strafrechtskommission	162

g) Tätertypologie bei den Entwurfsarbeiten	163
h) Schweizer Bezug während der Reformarbeiten 1936	167
i) Resultat des Entwurfs von 1936	169
2. Kapitel: Mordparagraf ab 1941	176
I. Gesetzgebungsverfahren 1941	176
II. Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941	177
1. Gesetzgeberische Vorarbeiten	179
2. Zweck der Gesetzesänderung	182
3. Bedeutung der Gesetzesänderung	184
III. Maßgeblich an der Änderung von 1941 Beteiligte	187
1. Roland Freisler	187
a) Rolle im nationalsozialistischen Machtgefüge	187
b) Rolle bei der Gesetzesänderung von 1941	190
2. Weitere Personen	191
IV. Tätertypenlehre im neuen § 211 StGB-D	193
1. Einfluss der Tätertypenlehre beim Inkrafttreten	195
2. Tätertyp des „Mörders“	198
a) In der Lehre	198
b) In Kommentaren	207
aa) Schönke-Kommentar	207
bb) Beck'scher Kurzkomentar von Dr. Otto Schwarz	208
cc) Kohlrausch/Lange-Kommentar	208
c) In der Rechtsprechung des Reichsgerichts	209
3. Fazit	209
V. Schweizer Bezug der Änderung von 1941	212
<i>5. Teil: Folgen der Normtextänderung des § 211 StGB-D von 1941</i>	217
1. Kapitel: Folgen in der Rechtsprechung	217
I. Gerichtssituation in Deutschland im Dritten Reich (Zuständigkeiten)	217
II. 1918–1945: Urteile und Anwendung § 211 StGB-D	223
1. Amtliche Statistiken: Reichskriminal- und Anklagestatistik	223
2. Reichsgericht in Strafsachen	231
a) 1918–1941: Urteile mit Bezug zu § 211 StGB-D	231
aa) RGSt 55, 6–7: Urteil des 4. Strafsenats vom 23. April 1920	232
bb) RGSt 62, 196–198: Urteil des 2. Strafsenats vom 10. Mai 1928	232

b) Ab 1941: Urteile mit Bezug zu § 211 StGB-D	233
aa) RGSt 76, 297–299: Urteil des 4. Strafsenats vom 27. November 1942	233
bb) RGSt 77, 41–46: Urteil des 1. Strafsenats vom 7. Mai 1943	234
cc) RGSt 77, 246–248: Urteil des 3. Strafsenats vom 4. November 1943	235
c) Fazit	235
2. Kapitel: Folgen in der Literatur	236
3. Kapitel: 1945–1949: Umgang mit § 211 StGB-D nach der NS-Zeit	237
I. Kontrollratsgesetze Nr. 11 und Nr. 55 zum Strafrecht	238
II. Behandlung § 211 StGB-D durch den Kontrollrat	239
III. Interpretation durch den OGH und den BGH	239
IV. Fazit	240
<i>6. Teil: Resultate der Untersuchung</i>	<i>243</i>
1. Kapitel: Abschließende Diskussion der eingangs aufgestellten Thesen	243
I. These 1: Freisler als treibende Kraft hinter der StGB-D-Änderung von 1941	243
1. 1936: Wortlaut-Entstehung	244
2. 1941: Inkrafttreten	247
3. Fazit These 1	248
II. These 2: Ursprung der Formulierung von § 211 StGB-D im StGB-Entwurf der Schweiz von 1918	249
1. Vergleich Gesetzssystematik der Tötungsdelikte in StGB-D und StGB-CH	250
2. Die Geschichte des Mordparagrafen StGB-D und sein Schweiz-Bezug	254
a) Schweiz-Bezug im Entwurf von 1936	255
b) Schweiz-Bezug bei der Gesetzesänderung von 1941	256
c) Schweiz-Bezug nach 1945	256
3. Fazit These 2	257
III. These 3: Tätersystematik im 1941 eingeführten § 211 StGB-D	260
1. Tätersystematik im Wortlaut von § 211 StGB-D	262
2. Fazit These 3	265
IV. These 4: Kaum Auswirkungen der Änderung von 1941 auf die Rechtspraxis	267

2. Kapitel: Zusammenfassende Schlussbetrachtung	267
<i>Anhang</i>	271
I. Entstehungsgeschichte Schweizer Mordartikel	271
1. Wortlaut Mordartikel StGB-CH 1894–2016 (inkl. Entwürfe)	273
2. Mordartikel Kanton Zürich	276
3. Mordparagraf Kanton Zug	276
II. Tabellarische Übersicht Entstehungsgeschichte StGB-D	277
1. Zeitlicher Überblick der Beratungen der amtlichen Strafrechtskommission 1936	277
2. Chronologie und Abschriften des Schriftwechsels im Zusammenhang mit der Änderung von § 211 StGB-D ab 1938	280
3. Überblick Wortlautvarianten Mordparagraf	290
III. Statistiken zum Mordtatbestand	294
1. Anklagen und Verurteilungen wegen Mordes 1882–1944	294
2. Anklagen und Verurteilungen wegen Totschlags 1933–1943	302
IV. Urteile zum Mordtatbestand	306
1. Urteile VGH und Oberlandesgerichte 1934–1939	306
2. Urteile RGSt 1919–1943	307
V. Materialien	309
1. Verzeichnis verwendeter Archivakten des Bundesarchiv Deutschlands	309
2. Gesetz zur Änderung des StGB-D vom 4. September 1941	309
3. Freisler, Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe, in: ZAkDR 1935, 1 ff.	312
Literaturverzeichnis	317
Materialienverzeichnis	329
I. Schweizer Materialien	329
II. Deutsche Materialien	330
Stichwortregister	333

Abkürzungsverzeichnis

>	mehr als
§	Paragraf
%	Prozent
∑	Summe
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
aMStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0; Fassung bei Inkrafttreten)
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B. Z.	Berliner Zeitung
BArch	Bundesarchiv Deutschland
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (aktuelle Version: SR 101.0)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CRICO	Criminal Code Committee
bzw.	beziehungsweise
D.	Deutsch/Deutsche
d. h.	das heißt
d. Js.	dieses Jahres
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
div.	diverse
DJ	Deutsche Justiz, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege (zit. jeweils mit Jahrgang und Seitenzahl)
DR	Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht (zit. jeweils mit Band, Jahr und Seitenzahl)
Dr. iur.	Doctor iuris

DS	Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozess, Strafrechtswissenschaftliches Ergänzungsblatt der „Deutschen Justiz“, begründet im Jahre 1853 als „Archiv für Strafrecht“ durch Dr. Theodor Goldammer (zit. jeweils mit Jahrgang und Seitenzahl)
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera
Entw.	Entwurf
f.	und folgende
ff.	und folgende
Fn.	Fußnote
fol.	Folio/Folien
geb.	geboren
gem.	gemäß
gez.	gezeichnet
HJ	Halbjahr
Hrsg.	Herausgeber
i. A.	im Auftrag
i. c.	in casu
i. Ü.	im Üechtland
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung/Union Internationale de Droit Pénal
inkl.	inklusive
J.	Jahr
Jht.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung (zit. jeweils mit Jahrgang/Jahr und Seitenzahl)
JZ	JuristenZeitung (zit. jeweils mit Jahrgang, Jahr und Seitenzahl)
Kap.	Kapitel
KV	Körperverletzung
KZ	Konzentrationslager
max.	maximal
MinRat/MR	Ministerialrat
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
Mte.	Monate
n. F.	neue Fassung
NS	Nationalsozialismus, nationalsozialistisch
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSKK	Nationalsozialistisches Kraftfahrkorps
öff.	öffentliche
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone in Deutschland
OGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OGH in Strafsachen
PD	Privatdozent
PGO	Peinliche Gerichtsordnung (CCC, Constitutio Criminalis Carolina)
Q.	Quartal
Reichsmin/RM	Reichsminister
RG	Reichsgericht
RGBl./Reichs- gesetzbl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Reichsgericht in Strafsachen (Entscheidungsammlung)

RJM	Reichsjustizminister/Reichsjustizministerium
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
Rz	Randziffer
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (zit. jeweils mit Jahrgang/Jahr und Seitenzahl)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SS	Schutzstaffel (der NSDAP)
StA	Staatsanwalt/Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-CH	Schweizer Strafgesetzbuch
StGB-D	Deutsches Strafgesetzbuch
Stv.	Stellvertreter
Tb	Tatbestand
u. a.	unter anderen, unter anderem
u. s. f.	und so fort
US	United States (Vereinigte Staaten)
usw.	und so weiter
VGH	Volksgeschichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Ziff.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert (als)
ZAkDR	Deutsches Strafrecht, Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozess, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, begründet im Jahre 1853 als „Archiv für Strafrecht“ durch Dr. Theodor Goldammer (zit. jeweils mit Jahr und Seitenzahl)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (zit. jeweils mit Jahrgang/Jahr und Seitenzahl)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zit. jeweils mit Jahrgang/Jahr und Seitenzahl)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. jeweils mit Band, Jahrgang und Seitenzahl)

1. Teil

Einleitung

„Wenn gewisse Gesetze aus der Nazi-Zeit

- 60 Jahre Verfassungsrechtsprechung,*
- 4 schwarze und schwarz-gelbe,*
- 2 schwarz-rote,*
- 2 rot-gelbe und*
- eine rot-grüne Regierung*

überlebt haben, dann sind sie wohl in der Mitte der bundesdeutschen Gesellschaft angekommen – ob das dem nimmermüden antifaschistischen Kämpferherz nun gefällt oder nicht.

Die Frage ist: Wenn niemand den faschistischen Ursprung dieser Vorschriften mehr bemerken kann, ohne auf ihr Entstehungsdatum zu schielen, was ist dann – wirklich – an ihnen faschistisch?“¹

Ist eine Reform der deutschen Tötungsdelikte, insbesondere des Mordparagrafen nötig, weil sie „als Essenz nationalsozialistischen Strafrechts in das bundesdeutsche StGB übernommen“² worden waren?

§ 211 StGB-D wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs vom 4. September 1941 eingeführt. Nachdem 1945 der Zweite Weltkrieg endete, wurden von den Besatzungsmächten die während der NS-Zeit erlassenen Gesetze, denen „nationalsozialistischer Charakter“ zugesprochen wurde, abgeändert respektive teilweise gleich ganz außer Kraft gesetzt. Bis auf den

¹ Leserkommentar von „Normalo“ in der taz vom 22. April 2013 zum Artikel „Wo Adolf noch regiert – Vom Ehegatten-Splitting über die Stellplatzpflicht bis zur Mord-Definition stammen viele noch heute gültige Gesetze aus der NS-Zeit“, www.taz.de/!114913/ (besucht am 3. Dezember 2014).

² Aus der Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag (§§ 211, 212, 213 StGB), April 2014 (http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Stellungnahmen/reform_toetungsdelikte_par211212.html; besucht am 23. Oktober 2015): Die Stellungnahme äußerte sich kritisch sowohl über die Herkunft des Paragrafen als auch über die Mordmerkmale. Der Inhalt und die Auslegung dieser Mordmerkmale sind allerdings nicht Thema dieser Arbeit, weshalb die Ausführungen dazu unbeachtet bleiben.

ersten Absatz (Abschaffung der Todesstrafe und deren Umwandlung in eine lebenslängliche Freiheitsstrafe) und der damit zusammenhängenden Löschung des dritten Absatzes wurde allerdings am Mordparagrafen seit der Einführung 1941 nichts mehr verändert – insbesondere nicht am Wortlaut.

In den 70 Jahren seit Kriegsende gerieten die deutschen Tötungstatbestände immer wieder in Kritik: Einerseits hinsichtlich der Auslegung der Mordmerkmale (insbesondere jenen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht), die unter anderem der Abgrenzung zum Totschlagstatbestand dienen. Und andererseits wegen ihrer „nationalsozialistischen“ Entstehungsgeschichte und der „tätermäßigen“ Formulierung („Der Mörder wird ...“, „Mörder ist, wer ...“), die mit einem bestimmten „Tätertyp“ in Verbindung gebracht wird.³

Ein Journalist des Spiegel online sprach davon, dass „die Suche nach dem ‚Typus Mörder‘“ den „Nazi-Geist“ atme, und zitierte Schmidt-Leichners Ausspruch: „Man wird nicht Mörder, man ist es“; damit spielte er auf die dem Paragrafen möglicherweise inhärente Tätertypenlehre (in einer „nationalsozialistischen“ Ausgestaltung) an.⁴

Unklar ist aber nicht nur, wie sehr nationalsozialistisches Gedankengut in diesen Paragrafen einfluss – auch dessen Autor bzw. die für den Inhalt verantwortliche Person ist nicht eindeutig: Einmal wird der Paragraf Freisler zugeschrieben, das andere Mal Schmidt-Leichner.⁵ Zudem haben noch andere Juristen der damaligen Zeit an der Entwicklung des neuen Strafgesetzbuches und auch des neuen Mordparagrafen mitgewirkt (z.B. Gleispach und Gürtner⁶). Überdies ist unklar, weshalb die Normtextänderung von 1941 gerade zu diesem Zeitpunkt angestrengt wurde – und ob sie überhaupt eine Auswirkung auf die Rechtspraxis hatte.

Die Befürworter einer Änderung argumentieren damit, dass der Mordtatbestand „im Widerspruch zum Geist des Grundgesetzes“ stünde, dass er „die Lehre vom Tätertypus“ atme, dass mit der Änderung 1941 ein „gesinnungsethisches Täterstrafrecht“ angestrebt worden sei,⁷ und wie schon erwähnt damit, dass er

³ Vgl. anstelle vieler *Frommel*, JZ 35 (1980), S. 559 ff.

⁴ *Demling*, Wer ist der Mörder?

⁵ *Jüttner*, Kieler Ministerin will NS-Paragrafen reformieren; *Fischer*, Völkisches Recht; *Demling*, Wer ist der Mörder?

⁶ Vgl. 4. Teil, 1. Kap., Abschnitt III.3.

⁷ *Jüttner*, Kieler Ministerin will NS-Paragrafen reformieren; *Spoorendonk*, Die Lehre vom Tätertyp.

„als Essenz nationalsozialistischen Strafrechts in das bundesdeutsche StGB übernommen“⁸ worden sei.⁹

Dagegen gab und gibt es Stimmen, die einer Änderung nicht positiv gegenüber stehen: So wird die Änderung des Wortlauts als überflüssig empfunden, da mit einem neuen Wortlaut auch eine neue Gerichtspraxis zu entstehen hätte, was zu zusätzlichen Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung führen würde – denn sowohl die Juristen als auch die Gerichte hätten in den letzten Jahrzehnten die „Klippen“ des § 211 StGB-D „erfolgreich umschifft“. Einige Änderungsgegner sprachen ihre Ängste aus, dass mit einer Reform Mörder in Zukunft milder bestraft würden oder die lebenslängliche Freiheitsstrafe gleich ganz abgeschafft würde.¹⁰

Zudem halten die Gegner den Reformbestrebungen entgegen, dass die 1941 eingeführte Formulierung überhaupt nicht aus der Feder eines nationalsozialistischen Juristen stamme – vielmehr sei sie von einem Entwurf zum Schweizer Strafgesetzbuch von 1937 übernommen worden.¹¹ Tatsächlich gab es seit Ende des 19. Jahrhunderts Bestrebungen, das schweizerische Strafrecht – und damit auch die Tötungsdelikte –, welches damals noch föderalistisch geregelt war, zu vereinheitlichen.¹² Ergebnis dieser Vereinheitlichungsbestrebungen war schließlich ein neues gesamt-schweizerisches Strafgesetzbuch, welches per 1. Januar 1942 in Kraft trat.¹³

Allerdings stimmt die seit damals in der Schweiz geltende Fassung des Mordartikels (Art. 112 StGB-CH) auf den ersten Blick nicht mit derjenigen von § 211 StGB-D überein. Und sie ist auch nicht identisch mit jener aus den Entwürfen zum schweizerischen StGB, die insbesondere von Schönke in seinem Kommentar als Grundlage für § 211 StGB-D genannt wurde; sie zeigt aber immerhin eine gewisse Ähnlichkeit.¹⁴ Inwiefern sich diese Ähnlichkeit auch mit dem beabsichtigten Sinn und Inhalt deckt, den der jeweilige Gesetzgeber dem Tatbestand geben wollte, wird sich zeigen.

In der Literatur findet sich vielfach der Verweis auf den Schweizer Ursprung des § 211 StGB-D, jedoch wird nicht detailliert auf die Entstehung des schweizerischen Strafgesetzbuches, geschweige denn auf die Materialien des schwei-

⁸ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag, April 2014.

⁹ Vgl. auch *Wolf*, Befreiung des Strafrechts, JuS 36/1996 S. 189 ff., der gar forderte, es sei zum StGB-D von 1871 zurückzukehren.

¹⁰ *Demling*, Wer ist der Mörder?; ebenfalls gegen die Reform: *Rubach*, Die Lehre vom Tätertyp.

¹¹ Vgl. dazu z. B. *Grasnick*, Ohne Mord und Totschlag?

¹² Vgl. 3. Teil, 1. Kap., sowie die Materialien zum Entwurf des neuen StGB-CH.

¹³ BBl 1918 IV 1 ff.

¹⁴ Vgl. *Schönke*, Kommentar 1944, S. 444.

zerischen Gesetzgebers in diesem Zusammenhang, eingegangen. Und zwar weder in einer Dissertation, die sich mit der Entstehung des Mordparagrafen befasst, noch in der allgemeinen Literatur zu § 211 StGB-D wie beispielsweise in Kommentarwerken.¹⁵

1. Kapitel: Ausgangspunkt und Forschungsinteresse

Mehrere Aussagen im Zusammenhang mit dem Mordparagrafen (§ 211 StGB-D) und dessen möglicher Reform weckten das Interesse und es stellte sich die Frage, ob diese tatsächlich der Wahrheit entsprechen. Sie bildeten den Ausgangspunkt der Forschungsarbeit und waren der Auslöser für eine genauere Untersuchung.

Als anschauliche Beispiele seien genannt:

„Ihre Brisanz erhält die jüngste Auseinandersetzung daraus, dass es unstreitig Nationalsozialisten waren, die den Mörder ins Gesetz einführten, wenngleich – das wird oft verschwiegen – nach dem Vorbild des schweizerischen Strafrechts.“¹⁶

„Der gesetzliche Tatbestand wurde ersetzt durch das Zerrbild des biologischen ‚Tätertyps‘: ‚Der Mörder‘, ‚der Totschläger‘, [...]“¹⁷

„Der 21er hat eine düstere Vergangenheit: Der Nazi-Jurist und spätere Präsident des Volksgerichtshofes, Roland Freisler, betrieb seine Änderung, seit 1941 steht der Paragraf nahezu unverändert im Strafgesetzbuch. [...] Erich Schmidt-Leichner, Freislers Mitarbeiter und Autor des Paragrafen, formulierte diese Überzeugung unmissverständlich: ‚Man wird nicht Mörder, man ist es.“¹⁸

„Der kritisierte Mord-Paragraf stamme außerdem nicht von NS-Richter Freisler, sagt Rubach, sondern von ‚Schmidt-Leichner, einem glänzenden Juristen, der nach dem Krieg ein ebenso glänzender Strafverteidiger wurde.“¹⁹

„Das geltende Recht stammt aus dem Jahr 1941, es ist also Nazistrafrecht, [...]“²⁰

„Nach nationalsozialistischer Lesart hingegen war ein Mörder schon als solcher geboren und er offenbarte sich sozusagen durch die Tat. Insofern spiegeln die Formulierungen der Paragrafen 211 und 212 des Strafgesetzbuchs bis heute die NS-Ideologie wider.“²¹

¹⁵ Vgl. diverse Kommentarwerke zum StGB-D wie *Schwartz, Schönke, Kohlrausch/Lange*; oder auch *Thomas*, S. 239 ff.

¹⁶ *Grasnick*, Ohne Mord und Totschlag?

¹⁷ *Fischer*, Völkisches Recht.

¹⁸ *Demling*, Wer ist der Mörder?

¹⁹ *Jüttner*, Kieler Ministerin will NS-Paragrafen reformieren.

²⁰ *Prantl*, Tod des Mordparagrafen.

²¹ Antrag der Abgeordneten Wawzyniak, Korte, Jelpke et al., Einsetzung einer Unabhängigen Kommission zur sprachlichen Bereinigung des Strafrechts von NS-Normen, insbeson-

Alle diese Äußerungen stammen aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg; die meisten wurden im Rahmen der aktuellen, im folgenden Abschnitt diskutierten Reformbestrebungen betreffend die deutschen Tötungsdelikte geäußert und zeigen anschaulich und plakativ, worin Reformbefürworter, die für die Allgemeinheit juristische Themen aufbereiten, die Gründe für die Reformbedürftigkeit der Tötungsdelikte sehen.

I. Aktuelle Reformbestrebungen zum Mordtatbestand

Verschiedene Autoren setzten sich im Abstand von mehreren Jahren mit der Reform nicht nur des Mordartikels, sondern mit der des gesamten StGB-D auseinander. Dies meist vor dem Hintergrund, dass ihm „nationalsozialistisches Denken“ zugeschrieben wurde. Wolf forderte beispielsweise in einer Antrittsvorlesung gar die Rückkehr zu den „rechtsstaatlichen und liberalen Grundlagen des StGB von 1871“.²² Auf die Frage, weshalb auch die Regelung in Bezug auf die Tötungsdelikte des StGB-D von 1871 nicht unproblematisch und frei von Kritik war, wird im 4. Teil, 1. Kap., eingegangen.

1980 waren die Tötungsdelikte Thema des 53. deutschen Juristentags in Berlin und zwar unter dem Titel: „Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?“²³ Grundsätzlich wurde die Reformbedürftigkeit der Tötungstatbestände als gegeben betrachtet. Inhalt der Diskussionen waren in erster Linie die Mordmerkmale sowie das Strafmaß. Nichtsdestotrotz bestätigten beide Referenten zu diesem Thema, dass eine Änderung höchst vorsichtig angegangen werden müsse und derzeit die Aufgabe, auch in kritischen Einzelfällen diesen gerechte Lösungen zu finden, von den Gerichten gut gemeistert werde. Keine Erwähnung fand ein allfällig im Mordparagrafen enthaltenes „nationalsozialistisches Gedankengut“ bzw. nur am Rande, als Fuhrmann erwähnte, dass der Paragraf zwar in seiner Formulierung auf Gedankengut der damaligen Zeit zurückzuführen sei, der ihm zugrunde liegende Grundgedanke jedoch nicht.²⁴

Die jüngsten Reformbestrebungen waren im Gange, während die vorliegende Arbeit verfasst wurde: Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucher-

dere von Gesinnungsmerkmalen, Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode, Drucksache 18/865 vom 19. März 2014.

²² Wolf, Befreiung des Strafrechts, JuS 36/1996 S. 189 und S. 195.

²³ 53. Juristentag, Teil M: Die Sitzungen fanden am 17. und 18. September 1980 statt. Zunächst sprachen Dr. Hans Fuhrmann (Richter am BGH) und Dr. Karl Lackner (Professor) als Referenten, wobei als Basis ein Gutachten Esers diente, bevor anschließend die Diskussion eröffnet wurde.

²⁴ 53. Juristentag, S. M7 ff.

schutz (BMJV) setzte eine Expertengruppe zusammen, die unter dem Titel „Überarbeitung der Tötungsdelikte“ am 20. Mai 2014 ihre Arbeit aufnahm und am 29. Juni 2015 nach 10 Sitzungen ihren Abschlussbericht verabschiedet hat. Ziel dieser Expertengruppe sollte es sein, bis zu den Bundestagswahlen 2016 einen entsprechenden Gesetzesentwurf in den Bundestag einzubringen.²⁵

Die Diskussionen dazu beinhalteten Punkte, die über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen: Die Reformbedürftigkeit gründe sich auf das systematische Verhältnis zwischen § 211 und § 212 StGB-D, die Terminologie („Mörder“) und die lebenslange Freiheitsstrafe. Streitpunkte während der Diskussionen waren die Mordmerkmale und ihre Auslegung, der Strafrahmen für die Delikte Mord und Totschlag, aber eben auch die Herkunft der jetzigen Form der deutschen Tötungstatbestände.²⁶

Die Herkunft des Mordparagrafen als Grund für eine Abänderung stellte insbesondere Köhne in Frage. Er fragte kritisch, weshalb auf einen „praktisch bedeutungslosen Aspekt ein solch gesteigerter Wert gelegt wird“. Bedeutungslos deshalb, weil die „Tätertypenlehre“ – so es denn eine definierbare Form gegeben hat – von der Rechtsprechung nach 1945 nie erkennbar umgesetzt worden war und die fraglichen Mordmerkmale (Heimtücke, sonstige niedrige Beweggründe) „in aller Regel von den Gerichten diesbezüglich unverdächtig ausgelegt und angewendet“ wurden und werden. Er gab sich auch skeptisch, ob mit der vom BMJV gewählten Form der Rechtsetzung eine Verbesserung erzielt werden könne.²⁷

Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Untersuchungen der vorliegenden Forschungsarbeit lag der Schlussbericht der vom BMJV eingesetzten Experten-

²⁵ Vgl. Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Expertengruppe am 20. Mai 2014 in Berlin (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140520_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html?nn=3433226; besucht am 23. Oktober 2015); Pressemeldung des BMJV vom 29. Juni 2015 zur Verabschiedung des Schlussberichts (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2015/20150629_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html; besucht am 23. Oktober 2015).

²⁶ Vgl. dazu auch den gesamten Schlussbericht der Expertengruppe des BMJV vom 29. Juni 2015.

²⁷ Köhne, S. 53 ff.: Er zweifelte daran, dass mit der so zusammengesetzten Expertengruppe ein Entwurf entstehen könne, mit dem tatsächlich mehr Rechtssicherheit und eine verbesserte Einzelfallgerechtigkeit erzielt werden könnte (er kritisierte insbesondere die Zusammensetzung der Gruppe, die sich kaum auf eine gemeinsame Lösung einigen können würde, da die Vertreter aus derart verschiedenen Positionen stammten). Er rechnete mit folgender Änderung: Entfernung der „Täter“-Bezeichnungen, Beibehalten der 3-stufigen Konzeption, aber vermutlich Entfernung der Merkmale „Heimtücke“ und „sonst aus niedrigen Beweggründen“ sowie mit dem Beibehalten der lebenslangen Freiheitsstrafe.

gruppe vom 29. Juni 2015 sowie ein erster Entwurf für eine Neufassung der Tötungstatbestände vor.²⁸

II. Forschungsfragen

Die Dissertation behandelt verschiedene Themenkreise, in deren Zusammenhang folgende Fragen beantwortet werden sollen:

- Wer war für die Normtextänderung des § 211 StGB-D 1941 verantwortlich? Einige schreiben diese Änderung Freisler zu (welcher im Strafrechtsreformprozess während der nationalsozialistischen Zeit eine nach außen hin auffällig aktive Rolle einnahm), andere betrachten Schmidt-Leichner als Autor und Urheber der Norm.²⁹ Zudem hat auch Gleispach am Entwurf des § 211 StGB-D während den Arbeiten für den StGB-D-Entwurf von 1936 intensiv mitgewirkt.³⁰
- Weshalb erfolgte genau diese Änderung zu diesem Zeitpunkt? Ging es bloß darum, nationalsozialistisches Gedankengut im Strafrecht zu verankern, wie im Zuge der aktuellen Diskussionen rund um § 211 StGB-D behauptet wurde? Angesprochen wird hier insbesondere die Tätertypenlehre – deren Ausgestaltung während der nationalsozialistischen Zeit und wie sehr sie in den neuen § 211 StGB-D eingeflossen ist, soll ebenfalls untersucht werden.
- Zudem fragt sich, ob die These belegt werden kann, dass der Normtext ursprünglich aus den Entwürfen stammt, die aus den Debatten rund um die Vereinheitlichung des Schweizer Strafrechts entstanden. Wenn ja: Waren sich die Schweizer bewusst, dass der deutsche Gesetzgeber bei ihnen „abschrieb“ und weshalb sind die Schweizer wieder vom entsprechenden Entwurf abgewichen? Und welche Rolle spielte die Tätertypenlehre im „nationalsozialistischen“ Sinn³¹ bei der Entstehung von Art. 112 StGB-CH?
- Inwiefern hatte die Normtextänderung von 1941 Einfluss auf die darauf folgende Rechtspraxis und wie wurde sie in der Literatur aufgenommen?

Dies sind die zu klärenden Hauptfragen, die in den Blöcken „Tätertypologie und Strafrecht in der NS-Zeit“, „Schweizer Strafrechtsdebatten und ihr Deutschlandbezug“, „Normtextänderung von 1941“ und „Auswirkungen der Normtextänderung“ behandelt werden.

²⁸ Vgl. Artikel „Bundesjustizminister will zwingende lebenslange Haft für Mord abschaffen“ vom 25. März 2016 (<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/heiko-maas-will-zwingen-de-lebenslange-haft-fuer-mord-abschaffen-a-1084124.html>; besucht am 10. Mai 2016).

²⁹ Jüttner, Kieler Ministerin will NS-Paragrafen reformieren; Fischer, Völkisches Recht.

³⁰ Vgl. 4. Teil, 1. Kap., Abschnitt III.3.

³¹ Vgl. 2. Teil, 3. Kap., Abschnitt II.

Die Themenstellung bringt es mit sich, dass daneben weitere Themenkreise angeschnitten werden: So zieht sich Freislers Handeln wie ein roter Faden durch die gesamte Dissertation; genau so wie die europäischen Strafrechtsdebatten, die insbesondere für die Ausgestaltung der Tätertypenlehre aufschlussreich sind. Sie geben aber auch einen Überblick, wie eng die Zusammenarbeit der Strafrechtler verschiedener Herkunft war und inwiefern ein reger Austausch bestand. Das Hauptaugenmerk soll jedoch auf den zuvor genannten Fragen liegen – die zusätzlich angeschnittenen Themenkreise dienen lediglich dem Verständnis und werden nicht detailliert erläutert und erforscht; dies würde den Rahmen des Dissertationsprojekts überschreiten.

III. Forschungsstand

Viele Autoren beschäftigten sich in der Vergangenheit mit den Mordmerkmalen und ihrer Auslegung an sich. Diese sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Die derzeit aktuellsten und wohl führenden Darstellungen zum Recht in der NS-Zeit finden sich bei *Rüping/Jerouschek* (Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 2011) und *Vormbaum* (Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2016). In beiden wird die Entstehung des Mordparagrafen sowie die Änderung des Reichsstrafgesetzbuches 1941 wenn überhaupt lediglich am Rande angesprochen – bei *Rüping/Jerouschek* über drei Randziffern, worin der neue Mordparagraf mit „der Lehre vom Tätertyp“ in Zusammenhang gebracht wird, ansonsten jedoch dessen Herkunft nicht zum Thema gemacht wird. Dies entspricht dem Sinn des Werks als allgemeinem Grundriss.³² *Vormbaum* widmet der Strafrechtsgeschichte der NS-Zeit rund 40 Seiten³³, streift das Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches von 1941 jedoch nur auf einer halben Seite und befindet es als charakteristisch, dass damit die „Tätertypen“ „Mörder“ und „Totschläger“ hinzugefügt wurden³⁴ – dabei stützt er sich insbesondere auf den sogleich erwähnten Autor Sven Thomas. Mit der Schwierigkeit, ein Gesamtbild der rechtshistorischen Forschung zum Strafrecht während der NS-Zeit zu benennen, beschäftigt sich denn auch *Rückert* in seinem Beitrag „Strafrechtliche Zeitgeschichten – Vermutungen und Widerlegungen“.³⁵

Zu den in dieser Dissertation behandelten Fragen erschienen zwar einige Publikationen, die jedoch bloß Teilgehalte der Fragestellungen abdeckten, so etwa:

³² *Rüping/Jerouschek*, Rz 281–283.

³³ *Vormbaum*, S. 176 ff.

³⁴ *Vormbaum*, S. 202.

³⁵ *Rückert*, S. 235 ff., gibt überdies einen Überblick über den allgemeinen Forschungsstand zur Strafrechtsgeschichte.

Thomas untersuchte in seiner Dissertation aus dem Jahr 1985 „Die Geschichte des Mordparagrafen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart“. Darin behandelte er auf etwas mehr als 300 Seiten die gesamte Entwicklung des Mordtatbestands seit dem römischen Recht und widmete der Änderung von 1941 knapp 40 Seiten, in welchen er jedoch kaum auf das gesamte „nationalsozialistische“ Strafrecht und die „Tätertypenlehre“ einging, was angesichts der Breite des Themas nachvollziehbar ist.³⁶

Ein Aufsatz von *Frommel* mit dem Titel „Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941“ erschien 1980: Frommel betrachtete jedoch einen kürzeren Zeitraum (NS-Zeit, insbesondere kurz vor Erlass des neuen Mordparagrafen) und bezog die gesamteuropäischen Debatten kaum mit ein.³⁷ Dieselbe Autorin beschäftigte sich 1988 im Beitrag „Wieso gelingt es nicht, die allgemein für reformbedürftig angesehenen Tötungsdelikte zu novellieren“ mit der Entwicklung der Reformdiskussion seit den 1950er-Jahren, dem Unterschied zwischen den Begriffen Mord und Totschlag sowie mit einzelnen Mordmerkmalen – sie bezog sich dabei für die Umreibung der historischen Entwicklung der Tötungsdelikte im Wesentlichen auf ihren Aufsatz von 1980 und die bereits darin erwähnten Quellen.³⁸

Werle beschäftigte sich mit der Justiz und dem Strafrecht sowie mit der polizeilichen Verbrechensbekämpfung, was Anregungen zum Themenkreis „nationalsozialistisches“ Strafrecht lieferte, aber nicht spezifisch auf den Mordparagrafen ausgerichtet war. Zwar zählte Werle die während der NS-Zeit erlassenen Gesetze auf, beschäftigte sich jedoch nur am Rande mit der Mordparagrafenänderung von 1941 und deren Entstehungsgeschichte.

Auch *Eser/Koch* befassten sich mit den Tötungstatbeständen. Dabei beschränkten sie sich aber auf einen gesamteuropäischen Überblick über die verschiedenen strukturellen Unterschiede der einzelnen Strafgesetzbücher sowie auf eine Abhandlung über die Möglichkeiten der Ausgestaltung von Tötungstatbeständen.

Zu nennen sind zudem die Arbeiten im Zusammenhang mit der Experten-Gruppe zur Reform der Tötungsdelikte, die vom BMJV eingesetzt wurde: So verfassten Prof. Dr. Anette Grünewald und Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan Abhandlungen zur Grundkonzeption der Tötungsdelikte, PD Dr. Hans-Georg Koch einen Aufsatz mit dem Titel „Rechtsvergleichende Bemerkungen anläss-

³⁶ *Thomas*, S. 1 ff. und S. 239 ff.

³⁷ *Frommel*, JZ 35 (1980), S. 559 ff.

³⁸ *Frommel*, Novellierung 1988, S. 69 ff.: Frommel kommt zum Schluss, dass eine begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag nicht möglich sei, da alle Vorschläge, Mord und Totschlag zu differenzieren, einer Tradition der Umorientierung von der Tat- zur Täterschuld entstammten.

lich der Überlegungen zu einer Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte in Deutschland“ und Prof. Dr. Christoph Safferling zur Prämediationslehre zur Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag.

Diverse zeitgenössische Autoren setzten sich seit Beginn der Reformbestrebungen Anfang des 20. Jahrhunderts mit den Tötungsdelikten und ihrer Reform auseinander; auf diese wird im Verlauf der Arbeit eingegangen.

Kaum Beachtung fand in der Literatur bislang der Zusammenhang zwischen den schweizerischen StGB-Entwürfen und der Neufassung des deutschen Mordparagrafen. Gerade aus schweizerischer Sicht ist dieser Aspekt jedoch interessant.

Grundsätzlich befassten sich nur deutsche Autoren mit dem seit 1941 bestehenden deutschen Mordparagrafen und der Frage, ob und inwiefern er in Zukunft abgeändert werden sollte – was sich naturgemäß aus der Tatsache ergibt, dass es sich um eine deutsche Norm handelt.

2. Kapitel: Zentrale Thesen

I. Freisler als treibende Kraft hinter der StGB-D-Änderung von 1941

Viele Autoren schreiben den Artikel unbesehen Freisler zu. So beispielsweise der Autor eines Artikels in der Süddeutschen Zeitung, der sich wie folgt äußerte: „Die absolute Strafdrohung des Mordparagrafen ist das Werk eines Mannes, dessen Name Strafrichtern bis heute die Schamesröte ins Gesicht treibt.“³⁹ Damit bezog er sich auf Freisler, wie er kurz darauf hinzufügte.

Auch der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas nannte Freisler als „maßgeblichen Autor“.⁴⁰

Aus den bislang untersuchten Dokumenten ergibt sich, dass die heute geltende Version des Normtextes von § 211 StGB-D erstmals in einem Entwurf von 1936 auftauchte; im „Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs“, den die Reichsregierung entwickelte.⁴¹ Noch zu klären ist, wer für diesen Entwurf de facto verantwortlich war. War zu diesem Zeitpunkt tatsächlich Freisler maßgeblich beteiligt? Oder ging der Wortlaut auf den Einfluss Gürtners (damaliger

³⁹ *Von der Meden*, Freislers Erbe.

⁴⁰ Vgl. Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Treffen der Expertengruppe am 20. Mai 2014 in Berlin (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140520_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html?nn=3433226; besucht am 23. Oktober 2015).

⁴¹ Vgl. 4. Teil, 1. Kap., Abschnitt III.3.

Reichsminister der Justiz) bzw. gar jemand anderes zurück? Aus dieser Fragestellung besteht eine der zu untersuchenden Thesen.

II. Ursprung der Formulierung von § 211 StGB-D im StGB-Entwurf der Schweiz von 1918

Es stellt sich die Frage, ob der Bezug zur Schweiz erst nach 1945 durch die Erwähnung Schönkes in seinem Kommentar hergestellt wurde oder ob der Gesetzgeber 1941 sich tatsächlich auf den Entwurf zu einem Schweizer StGB von 1918 stützte.⁴²

Aus der ersten Lektüre der zeitgenössischen Schweizer Zeitschriften und Materialien ging kein expliziter Deutschlandbezug der damaligen Strafrechtsdebatten hervor.

Es scheint zudem, als hätten die Schweizer Autoren und Verleger juristischer Schriften der Normtextänderung von 1941 kaum Bedeutung beigemessen – sie erwähnten diese nämlich selten (prima facie gab es keinen Kommentar, der darauf hindeuten würde, dass sich die Schweizer des angeblichen „Abschreibens“ des deutschen Gesetzgebers bewusst gewesen wären).

Es wird sich im Laufe dieser Arbeit zeigen, ob der Schweizer Entwurf tatsächlich für die Entwicklung des neuen deutschen Normtextes maßgebend war oder nicht.

III. Tätertypologie im 1941 eingeführten § 211 StGB-D

In den Artikeln, die in den vergangenen Jahren erschienen, wurde der Mordparagraf, wie er heute im StGB-D formuliert ist (§ 211 StGB-D), beinahe durchwegs als von „nationalsozialistischem“ Gedankengut geprägt beschrieben. Es

⁴² Schönke, Kommentar 1944, S. 444: „Für die Neuabgrenzung zwischen Mord und Totschlag nach der Gesinnung des Täters haben besonders die schweizerischen Entwürfe Vorarbeit geleistet. Die Neufassung des § 211 stimmt weitgehend mit Art. 99 des schweizerischen Entwurfs von 1918 überein“; Schönke, Kommentar 1947, S. 440: „Für die Neuabgrenzung zwischen Mord und Totschlag nach der Gesinnung des Täters haben besonders die schweizerischen Entwürfe Vorarbeit geleistet. Stooss wollte die auszeichnenden Merkmale des Mordes nicht in herkömmlicher Weise im Vorbedacht oder in der Überlegung erblicken, sondern die niederträchtigen Motive und die gemeingefährlichen Mittel hervorheben [...]. Damit übereinstimmend führt Hafer II 1 S. 15 aus, dass die bisherige ausschließliche Kennzeichnung des Mordes als einer mit Vorbedacht oder Überlegung ausgeführten Tötung in vielen Fällen psychologisch falsch und für den Zweck, die schwersten Tötungsfälle zu charakterisieren, ungenügend sei. Die Neufassung des § 211 stimmt weitgehend mit Art. 99 des schweizerischen Entwurfs von 1918 überein [...]. Art. 112 schweizStGB von 1937 hat unter Festhalten an den Grundsätzen des Entwurfs 1918 eine allgemeinere Fassung des Tatbestandes gewählt.“

war die Rede von der „Vorschrift [...], in der unter anderem der spätere Präsident des Volksgerichtshof Roland Freisler die nationalsozialistische Tätertypenlehre kodifizierte.“⁴³ Der Tatbestand knüpfe für eine Verurteilung wegen Mordes nicht an der Tat an, sondern an die „Eigenschaft des Täters, Mörder zu sein“. Mit ihr sei der deutsche Richter angewiesen, „über das Wesen des Täters zu urteilen“. In einem Nebensatz wurde erwähnt, dass heute keiner mehr versuche, „die Legitimität staatlicher Strafe mit dem Charakter oder der Schädelform des Täters zu begründen“.⁴⁴

Wolf war wie erwähnt der Meinung, dass die nunmehr seit 1941 geltende Fassung des Mordparagrafen auf dem nationalsozialistischen Täterstrafrecht „beruhe“.⁴⁵

Auch der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz (Heiko Maas) sagte an seinem Vortrag 2014: Das Strafrecht in der NS-Zeit hätte mit Tätertypen anstelle konkreter Tatbestände operiert und der Mordparagraf passe „zur Strafrechtsideologie der Nazis“.⁴⁶

Allerdings finden sich diesbezüglich auch andere Meinungen: Votteler bezeichnete eine über die täterbezogene Ausgestaltung (Verwendung des Begriffs „Mörder“) hinausgehende „Verankerung nationalsozialistischen Rechtsdenkens“ „angesichts der Ähnlichkeit zu früheren im germanischen Recht geltenden Mordregelungen und der fast wörtlich übereinstimmenden Vorentwürfe zum schweizerischen Strafgesetzbuch“ als „kaum auszumachen und zumindest sehr auslegungsbedürftig“.⁴⁷

Im 19. Jahrhundert begann sich die später unter dem Namen Tätertypenlehre bekannte Theorie zu entwickeln.⁴⁸ Auf den ersten Blick scheint es, als hätte mit § 211 StGB-D tatsächlich eine bestimmte Form von Tätertypenlehre in das deutsche Strafgesetz einfließen sollen. So sollte gemäß Kommentar zum Entwurf des besagten Paragrafen der Richter „zur Beurteilung der Tat vor allem die Gesamtpersönlichkeit des Täters“ prüfen und würdigen. Dies „im Vertrauen darauf, dass der Richter hiernach im Einklang mit den im Volke lebendigen Rechtsvorstellungen die Einordnung des Täters in den zutreffenden Typus rich-

⁴³ *Von der Meden*, Freislers Erbe.

⁴⁴ *Von der Meden*, Freislers Erbe.

⁴⁵ S. *Wolf*, Befreiung des Strafrechts, JuS 36/1996 S. 192.

⁴⁶ Vgl. Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt des Treffens der Expertengruppe am 20. Mai 2014 in Berlin (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140520_Expertengruppe_Toetungsdelikte.html?nn=3433226; besucht am 23. Oktober 2015).

⁴⁷ *Votteler*, S. 20.

⁴⁸ *Stäcker*, S. 19 ff.

tig vornehmen wird“.⁴⁹ Welche Form von „Typus“ damit vom Gesetzgeber gemeint war, wird im Verlaufe dieser Untersuchung zu klären sein.

IV. Kaum Auswirkungen der Änderung von 1941 auf die Rechtspraxis

Hierzu sind vor allem die Gerichtsentscheide aus der Zeit vor und nach der Gesetzesänderung von 1941 interessant. Das Reichsgericht in Strafsachen hatte sich in der gesamten Zeit von 1918 bis 1941 in den publizierten Entscheiden (RGSt) insgesamt überhaupt nur 15 Mal mit dem Mordparagrafen oder dem Begriff des Mörders auseinander zu setzen.

Da es nur diese wenigen Urteile des Reichsgerichts in Strafsachen gibt, die sich auf § 211 StGB-D beziehen und publiziert worden waren, wurden die Mordstatistiken des Reichsjustizministeriums ebenfalls in die Betrachtungen miteinbezogen. Auffällig erschien bei der Analyse der „Deutschen Justiz“, dass immer weniger strafgerichtliche Urteile abgedruckt waren, je näher das Jahr 1945 kam – oft finden sich darin bloß noch zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Entscheide.

Es wird zu zeigen sein, inwiefern sich die Gesetzesänderung sowohl auf die Rechtspraxis als auch auf die Literatur auswirkte. Die vorliegende Dissertation untersucht diese Frage nur im Hinblick auf die publizierten Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).

3. Kapitel: Zeitliche und sachliche Abgrenzung des Themas

Angesichts der Fülle an Literatur, Abhandlungen und Diskussionen zu den Tötungsdelikten ist eine Eingrenzung des Themas, insbesondere sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht nötig; auch um das Thema angemessen tief behandeln zu können. Folgende Grenzen sollen als Schranke für die Breite der vorliegenden Arbeit dienen:

- Behandelt wird die Entstehungsgeschichte des gesamten deutschen Mordparagrafen an sich und nicht der Inhalt einzelner Mordmerkmale oder deren Auslegung.
- Dafür muss auch auf die Vor-NS-Zeit zurückgeblickt werden – begonnen wird dabei mit dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Die intensivere Auseinandersetzung mit der Reform der Tötungstatbestände folgt ab den Entwürfen der 1920er-Jahre.

⁴⁹ *Regge/Schubert*, Entwürfe eines Strafgesetzbuchs, 2. Teil, S. 246.

- Zeitlich begrenzt wird die Arbeit durch die Einführung des neuen § 211 StGB-D im Jahr 1941. Allerdings soll ein Blick über diesen Zeitraum hinaus geworfen und die Frage beantwortet werden, welche Auswirkungen die Einführung des neuen Paragraphen bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs hatte. Die Zeit nach dem Kriegsende 1945 wird höchstens ansatzweise gestreift. Deshalb wurde auch die Literatur nach 1945 sowie jene, die sich mit der Mordparagraf-Thematik nach dessen Einführung 1941 befasst, nicht bzw. nur eingeschränkt berücksichtigt.⁵⁰
- Innerhalb dieses Zeitfensters von 1871 bis 1941 wird der Frage nachgegangen, inwiefern in § 211 StGB-D eine Form von Tätertypenlehre verwirklicht worden war und wer für die Einführung des neuen Artikels verantwortlich war.
- Zudem wird ein Blick auf die Schweizer Strafrechtsreform zwischen 1890 (Beginn der Reform) und 1942 (Inkrafttreten des StGB-CH) geworfen, um anschließend klären zu können, inwieweit ein Bezug zwischen dem deutschen § 211 StGB-D und den Schweizer Entwürfen zum StGB-CH tatsächlich bestand.
- In räumlicher Hinsicht ergibt sich aus dem Gesagten, dass in erster Linie die Gesetzgebung Deutschlands und der Schweiz betrachtet wird. In aller Kürze wird, wo es nötig ist, auf die westeuropäische Entwicklung Bezug genommen.

4. Kapitel: Literatur- und Quellenlage sowie Gang der Untersuchung

Um eine möglichst umfassende Übersicht über die Entstehung des Normtexts des § 211 StGB-D von 1941 zu erhalten, mussten die Strafrechtsreformen seit dem Ende des Ersten Weltkriegs und die Publikationen insbesondere während der NS-Zeit ab 1933 genauer untersucht werden. Dies geschah anhand der damaligen Lehrbücher, Monografien, juristischen Zeitschriften, Materialien, die während des Gesetzgebungsprozesses anfielen (z.B. die Protokolle der Strafrechtskommission), sowie aufgrund von Gerichtsurteilen.

Der Zugang zu den Quellen war auch in der Schweiz gut gewährleistet (die meisten Werke finden sich in einer der großen Universitätsbibliotheken in Zürich, Bern, Basel und Luzern) – einzelne Werke sowie Archivalien wurden in

⁵⁰ Für einen Überblick zur Geschichte der Tötungsdelikte im Allgemeinen sei an dieser Stelle verwiesen auf *Votteler*, S. 7ff., sowie auf *Reizel*, S. 5ff., worin auf weitere Quellen verwiesen wird.

Deutschland bestellt oder vor Ort (im Bundesarchiv Berlin) gesichtet (insbesondere die Akten des Reichsjustizministeriums).

Analysiert wurden folgende Materialien:

- Relevante juristische Zeitschriften aus der NS-Zeit (aus Deutschland insbesondere: Deutsche Justiz, Deutsches Recht, Deutsche Richterzeitung, Juristenzeitung, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; aus der Schweiz: Schweizerische Juristenzeitung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht).
- Materialien zum Gesetzgebungsprozess zum schweizerischen Strafgesetzbuch von 1937 (Protokolle, Unterlagen der Kommissionen, Botschaft des Bundesrats).
- Materialien zu den Reformen des StGB-D zwischen 1918 und 1941 (Reichsgesetzblatt, Normtextänderungen, Kommissionsprotokolle, Anträge und Eingaben, Akten des Reichsjustizministeriums); in erster Linie dienten dazu die diversen Bände der Autoren Schubert, Regge und Vormbaum, welche die Archivbestände bereits bearbeitet hatten, sodass diverse Entwürfe, Protokolle und Gesetze in gedruckter Form vorlagen; wo nötig wurden im Bundesarchiv Berlin weitere Akten eingesehen und ebenfalls integriert.
- Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zum § 211 StGB-D (in der Zeit von 1933 bis 1945).

Zunächst wurde das Quellenmaterial bezüglich der Stichworte „Tätertypologie“, „Mordparagraf“ sowie hinsichtlich der Themenschwerpunkte (Strafrechtsreformen, Strafrechtsdebatten, Initiator der Reform von 1941 und Entscheide zu § 211 StGB-D) gesichtet. Anschließend folgte auf die Definition der in der Dissertation verwendeten Begriffe (Tätertypologie, nationalsozialistisches Strafrecht) die Interpretation der Ergebnisse.

Dabei besteht die Dissertation aus drei Teilen:

Erstens aus einem theoretischen Teil, der teilweise auch aus aktueller Literatur erarbeitet wurde, zweitens aus einem Teil, der hauptsächlich aus der Analyse zeitgenössischer NS-Literatur und damaliger Zeitschriften und Gesetzgebungsmaterialien sowie den daraus folgenden Ergebnissen besteht. Und zu guter Letzt der Teil, in welchem die Auswirkungen der Normtextänderung gemessen werden. Vom Reichsgericht sind in der Zeit von 1918 bis 1945 nur wenige (veröffentlichte) Entscheide ergangen, die mit § 211 StGB-D oder Tätertypen zu tun hatten – und nur drei publizierte Entscheide sind nach der Einführung des neuen Mordparagrafen 1941 ergangen.

Was mit der vorliegenden Arbeit nicht untersucht wurde, sind die dogmatischen Diskussionen zu den Mordmerkmalen und deren Inhalt. Die Autorin ver-