



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Strafrecht

zur Reform der Tötungsdelikte

Mord und Totschlag; §§ 211, 212, 213 StGB

Stellungnahme Nr.: 1/2014

Berlin, im Januar 2014

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender und Berichterstatter)
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf (Stellv. Vorsitzender und Berichterstatter)
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA PD Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, DAV-Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Siegfried Kauder
- Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Wolfgang Bosbach
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V., Herr Mirko Roßkamp
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I.

Der Deutsche Anwaltverein legt einen Entwurf zur Reform der Tötungsdelikte §§ 211, 212, 213 StGB vor verbunden mit dem Appell an den Gesetzgeber, sich in der laufenden Legislaturperiode der Aufgabe zuzuwenden, im Kernbereich des Strafgesetzbuches klare und allgemeinverständliche Normen zum Schutz des höchsten Rechtsgutes des Menschen, seinem Leben zu schaffen.

Die vorgeschlagene Gesetzesnovelle sieht vor, § 211 StGB zu streichen und die §§ 212 und 213 neu zu fassen.

Eckpunkte der Reform sind:

- **Abkehr von der Fassung des geltenden § 211 mit seinen emotional und moralisch aufgeladenen Gesinnungsmerkmalen**
- **Aufgabe der absolut-exklusiven Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Annahme eines Mordmerkmals**
- **Abkehr von der tätertypisierenden Kodifizierung der Rechtsmaterie**

Der Regelungsvorschlag:

Materielles Recht:

§ 211 entfällt

§ 212 Tötung

Wer einen Menschen tötet, wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft

§ 213 milder schwere Fall der Tötung

Im minder schweren Fall der Tötung ist die Freiheitsstrafe ein bis 10 Jahre

§ 57 a Abs. 1 S.1 Nr.2 – Schuldschwereklausel – entfällt.

Verfahrensrecht:

Um dem Präventionsgedanken Rechnung zu tragen und das in der Praxis häufig auftretende Dilemma aufzulösen, dass der die Tat bestreitende Angeklagte – regelmäßig – im gesamten Verfahren gehindert ist, für ihn streitende wesentliche Strafzumessungstatsachen vorzutragen, wird vorgeschlagen,

die Hauptverhandlung in Kapitalstrafverfahren in zwei Abschnitte zu teilen (formelles Schuldinterlokut). Im ersten Abschnitt wird über die Frage verhandelt, ob der Angeklagte die Tat begangen hat.

Im zweiten Abschnitt wird über die Rechtsfolge verhandelt. Das würde unter anderem bedeuten, dass die Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen (§ 243 Abs. 2 S. 2 StPO) ebenso wie die Frage nach einer Aufhebung oder Verminderung der Schuldfähigkeit (§§ 20,21 StGB) zum Zeitpunkt der Tat in diesen Abschnitt fielen (Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2012, 370: „In dem 1985 publizierten Alternativ-Entwurf „Reform der Hauptverhandlung“ findet sich hierzu sogar ein ausgearbeiteter Gesetzesvorschlag).

Der Vorschlag beruht auf einer modifizierten Übernahme der geltenden Fassung der §§ 75, 76 des Österreichischen Strafgesetzbuches.

Durch den Wegfall des Mordparagraphen mit seinen Gesinnungsmerkmalen wird das normative Signal an den Bürger auf den Schutz des Rechtsguts Leben konzentriert.

Die Regelung des § 212 eröffnet einen Sanktionsrahmen und gibt für die Strafzumessung den Zugriff auf alle Strafzumessungsaspekte, seien sie strafmildernd oder – schärfend, frei (§ 46 ff. StGB).

Der weite Zumessungsrahmen, den die Neufassung des § 212 dem Gericht an die Hand gibt, wird der richterlichen Rechtsfortbildung überantwortet. Es steht zu erwarten, dass sich in der praktischen Anwendung des § 212–E Fallgruppen herausbilden, die sich an verschiedenen Aspekten orientieren (Überlegungsprinzip, bisherige Mordmerkmale, Kriterien der Schuldschwere des § 57 a StGB), die jedoch um die ganze Bandbreite moderner rechtsstaatlicher Strafzumessungskriterien ergänzt würden.

Dadurch könnte – auch bei Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe – ein deutlicher Legitimationsgewinn gegenüber der bisherigen starren Anwendung des § 211 StGB mit seiner zum Teil nur vorgetäuschten Genauigkeit erzielt werden.

Die Schuldschwereklausel des § 57 a Abs. 1 Nr. 2 StGB kann entfallen, ihre in höchstrichterlicher Rechtsprechung entwickelten Aspekte können für die Strafzumessung aktiviert werden.

Das „Ermitteln für den Tatbestand“ (zu § 211 StGB) könnte entfallen. Es steht zu erwarten, dass die eines rechtsstaatlichen Verfahrens unwürdige Missachtung fundamentaler prozessualer Rechte des Beschuldigten zurückgedrängt werden kann.

Dem hohen – verständlichen – Interesse an Tötungsdelikten in der Öffentlichkeit steht seit 1996 ein – erfreulicher – erheblicher Rückgang von Tötungsdelikten in Deutschland gegenüber: Finden sich in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PSK) von 1995 noch 48, 4 Fälle von versuchten oder vollendeten Tötungsdelikten pro 10 Millionen Einwohner, so waren es 2006 nur noch 30 (Lau, Die Entwicklung der Tötungsdelikte in Deutschland, FPPK, 2008, 76 ff.), das ist derselbe Stand wie zuletzt 1968. Zählt man nur die vollendeten Tötungsdelikte, so waren es 2005 sogar nur 9,8. Das sind gut 0, 01 % der

Gesamtkriminalität. Deutschland steht damit im internationalen Vergleich gut da (Beispiel: USA 56,1). Die niedrigsten Werte zeigen Österreich (6,7) und Luxemburg (6,6). Die Aufklärungsquote ist in Deutschland bei Tötungsdelikten sehr hoch, sie liegt bei ca. 95 % der als Todesfälle mit Fremdeinwirkung erkannten Taten (Laue a.a.O.).

Der bedeutsame Rückgang der Tötungsdelikte sollte den Diskurs um eine Reform der gesetzlichen Regelung zusätzlich begünstigen.

II. Lex lata

1. Gegenstand der Betrachtung sind die §§ 211, 212, 213 StGB, wie sie für die Bundesrepublik Deutschland durch das 3. StÄG vom 04.08.1953 adaptiert (anstelle der Todesstrafe trat lebenslanges Zuchthaus), mit dem 1. StrRG vom 25. Juni 1969, bekanntgemacht am 2. Januar 1975 (BGBl. I S. 1), neu gefasst (Freiheitsstrafe statt Zuchthaus) und nur durch eine Strafrahmenverschärfung beim minder schweren Fall des Totschlages durch das 6. StrRG v. 26.01.98 (BGBl. I S. 164) verändert worden sind¹.
2. Die im Jahre 1941 verabschiedete Regelung der Tötungsdelikte wurde übernommen, die schärfste Sanktion, die Todesstrafe war bereits mit dem Grundgesetz vom 23. Mai 1949 (Art. 102) abgeschafft worden. Mit der Neuregelung im Jahre 1941 wurde das **Überlegungsprinzip**², das seit

¹ Daneben wurde § 217 (Kindstötung) aufgehoben, damit jedoch mehr Probleme geschaffen als gelöst, und § 221 StGB zu einem Gefährdungsdelikt im Vorfeld der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte ausgeweitet; vgl. dazu: Zwihehoff, Die provozierte Tötung, 2001; Fischer, 15 Jahre Sechstes Strafrechtsreformgesetz – Blick zurück nach vorn, in FS Frisch, 2013, S. 31 ff, 41: „Bemerkenswert für ein Gesetzeswerk, das die Reform des besonderen Teils zu einem Abschluss bringen wollte, ist der Umstand, dass eine – seit langem als notwendig angesehene – Neufassung der Tötungsdelikte (...) ausblieb (...).“

² „wenn er (scil: der Täter) die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat“ wird die vorsätzliche Tötung mit dem Tode bestraft. Daneben wurden als nicht höchststrafwürdig die beiden qualifizierten Tötungstatbestände gefasst (Strafandrohung mindestens 10 Jahre bis zu lebenslangem Zuchthaus), dass jemand (...) bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegen tretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet“. Zur Geschichte des Überlegungsprinzips, der Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur: Thomas, Die Geschichte des Mordparagrafen, 1985, S. 201 ff.; In

1871 (RStGB) gegolten hatte (dieses wiederum hatte seine Vorläufer im Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851 und dem von Anselm von Feuerbach geprägten Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813), durch eine tätertyporientierte Mordmerkmalsbeschreibung ersetzt, seitdem heißt es – wie sonst im Strafgesetzbuch an keiner anderen Stelle – **„Mörder ist, wer...“**; „Wer einen Menschen tötet (...) **wird als Totschläger verurteilt**“³. Die Abschaffung des Überlegungsprinzips und die Neufassung der Tötungsdelikte durch den Staat der Nationalsozialisten wird häufig in der rechtswissenschaftlichen Nachkriegsliteratur und der -rechtsprechung auf einen Entwurf des schweizerischen Gesetzbuches von Carl Stooss aus dem Jahre 1894 zurückgeführt⁴, ohne mit diesem wirklich identisch zu sein und obwohl sich der nationalsozialistische Gesetzgeber selbst gegen jeglichen Fremdeinfluss verwahrt hat.⁵ So kreiert der nationalsozialistische Gesetzgeber die sog. „sonstigen niedrigen Beweggründe“, die nicht nur in der aktuellen Rechtsprechung den Hauptanwendungsfall des §§ 211 darstellen, sondern auch berechtigter Kritik ausgesetzt sind⁶. Damit ist ein Kernstück des Gesetzes im Ursprung originärem nationalsozialistischem Gedankengut zuzuordnen.

Deutschland wurde unter dem Einfluss des auf die römische Kaiserzeit zurückgehenden italienisch-kanonischen Rechts seit dem 14. Jhd. zwischen dem mit Vorbedacht (*propositum, praemeditatio*) begangenen Mord und dem Totschlag „von jähem zorn oder von trunkenheit“ unterschieden, zit. nach Kargl JZ 2003, 1141 ff., 1148 FN 96; vgl. dazu ausführlich: Eser, Gutachten D zum 53. DJT, 1980, S. 23 ff, 117ff.; Sotelsek, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen, 2012, S. 14.ff., 91 ff.

³ Zur Tätertypenlehre und deren Bedeutung bei der Entstehung des § 211 im Jahre 1941: Frommel JZ 1980, 559 ff.

⁴ Zitiert bei Mitsch JZ 2008, 336 ff. FN 14: „(I) wer einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft; begeht er die Tat in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis 10 Jahren. (II) Tötet der Thäter aus Mordlust, aus 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 lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.“; näher zu den Entwurfsmotiven: Kargl JZ 2003, 1141, 1143 FN 32.

⁵ Vielmehr wird bei der Entwurfsfassung jeglicher Auslandseinfluss negiert – vgl. dazu: Linka, Mord und Totschlag, 2008, S. 185 ff., 194 u. FN 184; Eser, Gutachten zum DJT 1980, S. D31. Eingehend zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes von 1941: Linka a.a.O.; Frommel a.a.O.

⁶ Vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl., 2014, § 211, Rn 15 (Fehlen objektivierbarer Maßstäbe, Öffnung Willkürgefährdeter Bewertungsspielräume und die vom Gesetzgeber programmatisch beabsichtigte Einbeziehung von Persönlichkeits- und Schuldbeurteilungen schon auf der Tatbestandsebene); Wolf, Schreiber- FS, 2003, S. 519 ff., 531; Schneider, Widmaier-FS, 2008, 759ff, 763 ff.; MK-Schneider, 2012, § 211 Rn 70 ff. Rasch/Hinz, Kriminalistik 1980, 379.

3. Bereits 1977 befasste sich das Bundesverfassungsgericht⁷ mit der Norm des § 211 StGB und entschied, das Gesetz sei bei verfassungskonformer – restriktiver – Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar. Gegenstand der Prüfung war die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gegen den wegen Mordes aus Heimtücke oder zum Zwecke der Verdeckung Verurteilten. Das LG Verden hatte seinen die fundamentalen verfassungsrechtlichen Bedenken formulierenden Vorlagebeschluss gem. Art 100 GG substantiell begründet⁸. Der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts an die Strafgerichte und den Gesetzgeber lautete, dass das Heimtückemerkmal restriktiv auszulegen sei und auch für einen zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten eine konkrete Chance bestehen muss, wieder in Freiheit zu gelangen.⁹ Mit § 57 a StGB trug der Gesetzgeber der Entscheidung auf der Vollstreckungsebene Rechnung.¹⁰ In der Rechtsprechung bleibt die Auslegung des Heimtückemerkmals hochproblematisch. Die Rechtsfolgenlösung des BGH¹¹ – anstelle einer restriktiven Auslegung (Typenkorrektur) – hat sich nur wenig ausgewirkt und sieht sich fortgesetzter Kritik oder Ignoranz ausgesetzt¹². Fischer resümiert, dass mit dem vom BGH¹³ eingeführten normativen Einschränkungmaßstab fehlender „Tücke“ (sog. „Erpresser-Fall“) die Erosion des Heimtückemerkmals eingeleitet sein könnte (Mögliche Abkehr von der Rechtsfolgenlösung). „Im Ergebnis erscheint es nicht angemessen, in welchem Maße die Anwendung des § 211 mit ihrer hohen systematischen und symbolischen Bedeutung für das ganze StGB von bisweilen zufällig wirkenden

⁷ BVerfGE 45, 187; die Entscheidung befasste sich demnach nur mit den Fragen der Verhältnismäßigkeit lebenslanger Freiheitsstrafen und den Tatbestandsmerkmalen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat. Bezogen auf Erstere betont sie durchaus die Relativität des gefundenen Ergebnisses (S. 229: „Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stand der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben“), bezogen auf die Tatbestandsmerkmale der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat überantwortet sie die Frage höheren Anforderungen („besonders verwerflicher Vertrauensbruch“, „besondere Verwerflichkeit der Tat“) der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

⁸ NJW 1976, 980; Das LG Verden hält die lebenslange Freiheitsstrafe für einen Mörder für verfassungswidrig, die Strafvorschrift enthalte einen Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), sie verletze unter Überschreitung der Wesensgehaltssperre das Freiheitsrecht des Art 2 Abs. 2 GG, schließlich ergäben sich verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 3 GG.

⁹ Vgl. auch BVerfGE 117, 71, 112=NJW 2007, 1933; BVerfG NJW 2009, 1941.

¹⁰ Allerdings mit der „Schuldschwereklausele“, der AE-Leben (GA 2008, 193) hat deren Streichung vorgeschlagen.

¹¹ BGH St 30, 105 ff.

¹² Rengier, Zur aktuellen Heimtücke-Rechtsprechung 30 Jahre nach BVerfGE 45, 187, in FS Küper, 2006, S. 473 ff.; ders. NStZ 2004, 233 ff.; Hillenkamp JZ 2004, 48, 49; ders. Rudolphi-FS, 2004, 463, 468.

¹³ St 48, 207.

Konstellationen abhängig und die Rechtsprechung des BGH durch obiter dicta und wenig abgestimmte Einzelfalls-Entscheidungen bestimmt ist.

Die vom Gesetzgeber seit längerem erwogene Reform der Tötungsdelikte erscheint dringlich“¹⁴.

4. Allerdings hat bereits 1980 der 53. DJT aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die besondere Dringlichkeit einer Neuregelung der Tötungsdelikte abgeleitet und das Reformanliegen auf das Programm seiner Tagung gesetzt. Eser hat mit seinem Gutachten (53. DJT 1980) einen fundamentalen Beitrag – mit Vorschlägen für eine Reform – geleistet, der unter anderem die Interdependenz zwischen polizeilicher Vernehmungstechnik und materieller Gesetzeslage aufzeigt. Dem schweigenden Beschuldigten sei – regelmäßig – ein („Gesinnungs-“)Mordmerkmal nicht zuschreibbar, weshalb ein wesentliches kriminalistisches Ziel gerade darin liege, ihn zum Sprechen zu bringen¹⁵. Rasch/Hinz¹⁶ betiteln ihre Erhebung zur Praxis der Ermittlungsvernehmung in Kapitalstrafverfahren mit den Worten: „Für den Tatbestand ermitteln“. Sie beschreiben, dass in 85 untersuchten Fällen bei der Erstvernehmung eines Beschuldigten im Kapitalstrafverfahren nicht in einem einzigen Fall ein Verteidiger zugegen war. Die Problematik der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (§ 136 a StPO) stellt sich in Kapitalstrafverfahren in besonderem Maße.¹⁷ Anwesenheits- und Teilhaberechte des Verteidigers werden durch die ermittelnden Kriminalbeamten nicht aus professioneller Deformation unterlaufen, sondern wegen der materiellen Rechtslage¹⁸.

¹⁴ Fischer, StGB, 2014, § 211, RN 55.

¹⁵ Eser, Gutachten S. 43. „Am einfachsten kommt natürlich der Täter weg, der seine Motivation zu verschleiern oder durch schlichtes Schweigen zu verbergen weiß: Ihm kann jedenfalls kein niedriger Beweggrund angelastet werden.“

¹⁶ Kriminalistik 1980, 377 ff.

¹⁷ Stern, Verteidigung in Mord- und Totschlags Verfahren, 2013, Rn 1820 ff.; Deckers, Kapitalstrafsachen, in Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, 2006, S. 1565 ff., 1578 ff.

¹⁸ Vgl. dazu: Eser, Gutachten, S. 72: „Je schwerer die Beweisbarkeit eines Strafbarkeitselements, desto zufälliger seine Anwendung. Je subjektiver ein Merkmal, desto größer seine Manipulierbarkeit: so etwa, weil von der Artikulationsfähigkeit (scil.: und – willigkeit, d.V.) des Angeklagten und dem forensischen Geschick seines Verteidigers abhängig oder weil leichter für Ignorierung oder Unterstellung der Verfolgungsinstanzen offen.“; dort Fn 40: „Solcher Manipulierbarkeit (...) sehen sich (...) vor allem die „sonstigen niedrigen Beweggründe“, aber auch etwa die subjektive Elemente in primär objektiven Merkmalen (wie etwa bei Heimtücke das Bewusstsein des Ausnutzens bzw. die „feindliche Willensrichtung“) ausgesetzt.“; zur unterschiedlichen Handhabung der Merkmale zwischen polizeilichen Ermittlern und Justizorganen: Kreuzer ZRP 1997, 50 ff.

Die Asymmetrie der Vernehmungssituation¹⁹, in der – regelmäßig – der gänzlich justizunerfahrene Beschuldigte auf ein gut ausgebildetes Mitglied oder Team einer Mordkommission trifft, ist auch nach einigen grundlegenden Entscheidungen des BGH²⁰ und der Reform zur Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren²¹ nicht wesentlich verändert. Die Problematik der „facta interna“, ohne deren Erhebung (über die Aussage des Tatverdächtigen) ein Mord – regelmäßig – nicht festgestellt werden kann, stellt sich indes bei der aktuellen Gesetzeslage wie auch beim Überlegungsprinzip gleichermaßen und würde auch durch ein Regelbeispielsystem nicht verändert werden²².

5. Bereits im Jahre 2001 wurde ein Arbeitsentwurf des BMJ²³ vorgestellt²⁴, der aber – nicht zuletzt wegen seiner Halbherzigkeit – versandete.

III. Der Reformentwurf AE - Leben

Der wohl gründlichste und umfassendste Reformentwurf findet sich im **AE-Leben – Neuregelung der Tötungsdelikte**²⁵.

Der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer stellt einen Alternativentwurf für die Tötungsdelikte vor.

1. Zunächst wird in einer Bestandsaufnahme der Rahmen Kritik am bestehenden gesetzlichen Zustand formuliert:

¹⁹ Vgl. Glatzel, Die Ermittlungsvernehmung aus psychologisch-psychopathologischer Sicht, StV 1982, 283 ff.

²⁰ Vgl. BGH St 47, 172; BGH NStZ 2002, 380; 2004, 390.

²¹ Vgl. dazu: Deckers StraFo 2009, 441; Eisenberg DRiZ 2011, 365 ff.; ders. JA 2012, 452 ff..

²² Vgl. dazu: Sotelsek a.a.O. S. 222.

²³ Vgl. dazu: Otto Jura 2003, 612, 621 f.

²⁴ Immerhin sollte klargestellt werden, dass das Verhältnis des Totschlags zum Mord als Grund- und Qualifikationstatbestand geregelt ist (vgl. dazu auch Gössel ZIS 2008, 153 ff.; auch: Küper JZ 1991, 862, 868), allerdings sollten die Mordmerkmale festgeschrieben, jedoch bei der heimtückischen Tötung ein besonderer Strafmilderungsgrund eingeführt werden, der in außergewöhnlichen Fällen eine zeitige Freiheitsstrafe zuließ. Schließlich sollte § 213 aufgehoben und durch eine allgemeine Klausel für minder schwere Fälle im § 212 Abs. 2 mit einer Strafandrohung von einem Jahr bis zu zehn Jahren ersetzt werden.

²⁵ Heine et al. GA 2008, 193 ff.

Das heutige 3-beziehungsweise 4-stufige System der Tötungsdelikte sei von wesentlichen Schwächen geprägt:

- Die **Sanktionskluft** zwischen Mord und den übrigen Tötungsdelikten, ohne dass diesem Quantensprung legitimierende Unterschiede zwischen Unrecht und Schuld zugrunde liegen.
- Vor allem der vorgegebene **Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus** hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge – Die **zwingende Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe wenn auch nur ein Mordmerkmal** vorliegt.
- Das Fehlen jeder spezifischen Milderungsmöglichkeit, wenn auch nur ein einziges Mordmerkmal verwirklicht ist (so genannte **Sperrwirkung**).

kollidieren mit dem **verfassungsrechtlichen Schuldprinzip**, wonach Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen müssen.

- Damit verbunden seien **gravierende konzeptionelle Schwächen** des § 211 StGB:
 - Den aufgeladenen Mordmerkmalen **fehle** es an einem verbindlichen **Leitprinzip**. Es werde ein generalpräventiv pauschaler, rein tatorientierter Schuldausgleich betrieben und man vernachlässige die spezialpräventive, auch die Täterpersönlichkeit berücksichtigende Einzelfallgerechtigkeit. Die spezialpräventiven Aspekte treten zurück, die Täterpersönlichkeit finde keine Berücksichtigung mehr.
 - Die **niedrigen Beweggründe** seien **mangelnd bestimmt**, das Mordmerkmal der **Heimtücke zu rigide**, sonstige besonders schwere Fälle würden nicht erfasst, es fehle die Möglichkeit, mildernde Faktoren, wie etwa die heimtückische Tötung aus Not oder Mitleid zu berücksichtigen.
 - Die **konträre Ausgestaltung** der beiden Alternativen des § 213 StGB, einerseits konkreter Tatbestand der Provokationsalternative, andererseits eine konturlose Generalklausel.

- Die Regelung des § 57a StGB sei verunglückt.²⁶

Diese **Gesetzeslage** führe auch zu einer weit verbreiteten **Umgehungsstrategie** bei den Gerichten, namentlich unter Hinzuziehung der Möglichkeiten des §§ 20, 21 StGB. Es würden mit diesem Mittel nicht selten die **Kooperation von Angeklagten und Verteidigung erreicht und Absprachen über Strafrahmen bei § 211 StGB getroffen, die Revisionsrichter empörten. Die Strafkammer habe einen weiten Spielraum für ihre Feststellungen, die sich der Überprüfung durch das Revisionsgericht entziehen.** Die Rechtsprechung habe versucht, durch permanente Nachbesserung die Defizite zu bereinigen, dabei seien nur Symptome kuriert und zahllose neue Ungereimtheiten erzeugt worden. Beispielhaft sei der Schlingerkurs des BGH beim Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht, der dem Prinzip des „trial and error“ verpflichtet sei.

2. Der **Alternativentwurf** geht mit seinem Reformvorschlag von einem **zweistufigen System mit drei Strafrahmen** aus, demzufolge **jede vorsätzliche Tötung als Mord im § 211 zu qualifizieren ist.**

- a) Als Regelsanktion für die vorsätzliche Tötung steht ein Strafrahmen von 5 bis 15 Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe zur Verfügung.
- b) Auf **lebenslange Freiheitsstrafe** darf indes nur dann erkannt werden, wenn **besondere Regelbeispiele** erfüllt sind. Diese stehen unter dem **Leitprinzip**, dass über die individuelle Tötung hinaus die Lebenssicherheit der Bevölkerung bedroht sein muss und durch die Tat zum Ausdruck kommt, dass der Rechtswert Leben als solcher infrage gestellt wird: „Unrechtserhöhende Bedrohung der Lebenssicherheit der Allgemeinheit“.

Regelbeispiele sind:

- Tötung oder Versuch der Tötung oder Unmittelbare Gefährdung mehrerer Personen

²⁶ Vgl. dazu: BVerfGE 86, 288 und das bemerkenswerte Sondervotum zur lebenslangen Freiheitsstrafe von E. G. Mahrenholz dort S. 339.; vgl. auch Weber/Scheerer, Leben ohne Lebenslänglich, 1988.

- Tötung im bandenmäßigen Zusammenschluss oder innerhalb eines organisierten Netzwerks, deren Tätigkeit Gewalttaten zum Gegenstand hat
 - Tötung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens oder seiner religiösen oder politischen Anschauung
 - Tötung des Opfers nach Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen
 - Tötung um des Tötens willen
 - Tötung zum Zweck der sexuellen Erregung
 - Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat
 - Tötung im Streben nach wirtschaftlichem Vorteil
- c) Der **Totschlag – § 212** – beinhaltet gesetzlich normierte Regelungen des privilegierten Falls der Tötung. Dabei geht es stets um eine **interpersonale Affekt- und Konfliktlage**.
Der Strafraum beträgt ein bis zehn Jahre.
- Abs. 2 sieht eine Erhöhung des Strafraums von 3 bis 15 Jahren vor, wenn Voraussetzungen des Abs. 1 mit denen des § 211 Abs. 2 zusammentreffen.
- d) Für die **Strafvollstreckung** (§ 57a neu) ist die Aussetzung des Strafrestes bei lebenslanger Freiheitsstrafe nach 15 Jahren vorgesehen, bei besonderen Regelbeispielen des § 211 Abs. 2 nach einer Mindestverbüßungsdauer von 20 Jahren.

IV. Der Reformvorschlag von Eser 53. DJT 1980

Eser schlägt einen Einheitstatbestand vor.

§ 211 – Mord – lautet:

„(1) Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren, in besonders schweren Fällen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter dadurch eine besonders gefährliche Einstellung gegen Leib und Leben erkennen lässt, dass er

1. mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder die Lebensgefährdung Dritter in Kauf nimmt,

2. mit einer Schusswaffe tötet, die er oder ein Tatbeteiligter gewohnheitsmäßig unerlaubt mit sich führt,

3. die Tötung unter Mitwirkung eines anderen begeht, mit dem er sich bandenmäßig zur Begehung von Gewalttaten verbunden hat,

4. die Tötung in einer für das Opfer besonders qualvollen Weise ausführt

5. Das Vertrauen des Opfers oder einer Schutzperson arglistig erschlichen oder bestärkt hat,

6. zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Gewinnsucht tötet oder

7. die Tötung zur Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat begeht.“

Alternativ für den Fall der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe:

„Wer einen anderen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter acht Jahren bestraft.“

§ 212 Totschlag lautet:

„(1) Wer aufgrund einer heftigen Gemütsbewegung, die den Umständen nach menschlich begreiflich ist, tötet, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ein solcher Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter sich durch eine nicht unerhebliche Bedrohung, Körperverletzung oder Beleidigung, die ihm oder einer ihm nahestehenden Person ohne überwiegende eigene Veranlassung vom Getöteten zugefügt worden ist, zur Tat hat hinreißen lassen.

2. *der Täter sich oder eine ihm nahestehende Person aus einer ihm ausweglos erscheinenden, nicht überwiegend selbst veranlassten Konfliktlage mit dem Getöteten zu befreien versucht oder sonst aus Verzweiflung oder aus Mitleid mit dem Opfer tötet, oder*
3. *eine Frau ihr Kind in oder gleich nach der Geburt tötet.“*

Die Kritik bezieht sich auf die Alternative, die von einer Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe absieht. Die von Eser favorisierte Dichotomie und Regelbeispielstechnik (zur Kritik an der Regelbeispielstechnik s.u. S. 14) mischt objektive mit subjektiven Gefährlichkeitsaspekten, erhebt den Mord zum Grundtatbestand und transportiert daneben eine Reihe der Merkmale der lex lata in die neue Fassung, ohne eine wirklich qualitative Distanzierung von der Gesetzesfassung aus 1941 zu vollbringen. Vor diesem Hintergrund mag der Einwand Fuhrmanns gegen eine Neufassung der §§ 211 ff. StGB verständlich sein, die dieser wie folgt formuliert hat:

„Halten wir uns für so viel besser als die Reformer der früheren Jahre, dass wir uns in der Lage fühlen, den „großen Wurf“ zu vollbringen und endlich eine Abgrenzung der Tötungsdelikte zu finden, welche die Fälle höchster Schuld eindeutig umschreibt und für sie einen Strafraum bietet, der keine vernünftigen Wünsche mehr offenlässt?“

Fuhrmann²⁷ beruft sich darauf, dass die Rechtsprechung mit der gegenwärtigen Gesetzeslage doch gelernt habe umzugehen, die Rechtsprechung habe sich nach vierzigjähriger Anwendung der Mordmerkmale eingerichtet und die *„Ecken und Kanten(des § 211 StGB) abgeschliffen“*. Jede Gesetzesnovelle berge demgegenüber die Gefahr in sich, dass es wiederum Jahrzehnte dauern könne, bis die neuen Grenzen ausgelotet seien²⁸.

Fuhrmann wirbt dafür, dass auf jeden Fall bei einer Reform auf die bereits bestehenden Tatbestandsmerkmale der §§ 211 ff. StGB zurückgegriffen und nur eine sog. „kleine Lösung“ anvisiert werde.

²⁷ Fuhrmann 53. DJT, 1980, Referat S. M16, 17.

²⁸ Zit. nach: Linka, Mord und Totschlag, 2008, S. 238.

Polemisch gewendet würde dies bedeuten, dass nur dann eine Reform zur Abschaffung der Erblast aus 1941 legitimiert sei, wenn sie zugleich den „Stein des Weisen“ zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag präsentiere, der „keine vernünftigen Wünsche mehr offenlässt“.

Dabei geht es darum, aus der anzuerkennenden Begrenzung, eine exakte begriffliche Abgrenzung zu finden, die alle denkbaren Fallkonstellationen erfasst, die entsprechende Konsequenz auf der Sanktionsebene zu ziehen (Abschaffung der Sanktionskluff und der exklusiv-absoluten Verknüpfung von der Annahme des Mordes und der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe) **und** die Distanzierung zur penetrant nationalsozialistisch kontaminierten Mordkasuistik aus 1941 zu vollziehen.

v. Der Reformvorschlag von Kargl

1. Kargl²⁹ sieht einen wesentlichen Teil der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts angestoßenen Vollstreckungslösung des § 57 a StGB durch die Praxis konterkariert. Seit Verabschiedung der Strafaussetzungsregelung hat die Anzahl der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten erheblich zugenommen, obwohl die Zahl lebensvernichtender Taten stagniert. Die Gerichte würden offenbar dazu verleitet, ihre frühere Zurückhaltung gegenüber der Anwendung der Mordmerkmale wegen der Aussicht auf Vollstreckungsmilde aufzugeben³⁰. Er spricht sich deshalb – auch weil der dogmatische Wirrwarr vorrangig der exklusiven Rechtsfolge geschuldet sei – für die formelle Verabschiedung von der lebenslangen Freiheitsstrafe auf der Ebene des Strafurteils aus³¹.
2. Dies allein werde indes die „Gesetzlichkeitskrise des Mordtatbestandes“ nicht beheben. Auch könne eine Reform, die den niedrigen Beweggründen bloß eine Fassade aus Regelbeispielen vorblende, dieses Problem nicht beheben. Die

²⁹ StraFo 2001, 365, 375; ders. JZ 2003, 1141 ff.

³⁰ Kargl StraFo a.a.O.

³¹ So auch: Weber, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1999, S. 82 ff; Köhne JR 2003, 5; ders. ZRP 2007, 165 ff, 167; Baltzer StV 1989, 42, 43.

gesinnungsorientierte Sprache der Mordmerkmale sei auslegungsmethodisch unheilbar, ein einziges Merkmal sei weitgehend objektiv, nämlich die Tatausführung „mit gemeingefährlichen Mitteln“. Diese wiederum sei nicht notwendig höchststrafwürdig.

3. Als rechtliche Anhaltspunkte für die besondere Tatschwere könnten die – objektiven – Aspekte dienen, die im Rahmen der Rechtsprechung zur besonderen Schwere der Schuld im Rahmen des § 57 a StGB herausgearbeitet wurden:
- Die Tötung mehrerer Opfer bei ein und derselben Tat³²
 - Die tatmehrheitliche Begehung von Tötungen³³
 - Die Erfüllung weiterer Straftatbestände durch ein und dieselbe Tat (z.B. Raub)³⁴
 - Weitere im Urteil abzuurteilende Straftaten³⁵

Solche objektiven Kriterien der Tatschwere würden den Regelungsbereich berechenbar und eindeutiger, damit auch strafgerechter gestalten³⁶.

Kargl spricht sich für ein dreistufiges Strukturmodell aus, mit einem Grundtatbestand des § 211 der die vorsätzliche Tötung als Mord definiert.

Davon sollten die privilegierenden und die qualifizierenden „Ausstufungen“ abzweigen³⁷.

Es sei aus zwei Gründen davon abzusehen, den Grundtatbestand in „Totschlag“ umzutaufen. Zum einen schiebe die gesinnungsorientierte Sprache der Mordmerkmale schuld mindernde Gesichtspunkte in den Vordergrund, die sogar den Unrechtsgrundtatbestand unterschritten, zum anderen verweise die Bezeichnung „Totschlag“ auf die altdeutsche Wurzel der „Jähheitstat“ und damit auf einen menschlich begreiflichen Konflikt, der in die Zuständigkeit der privilegierbaren Tötung falle.

³² OLG Karlsruhe NStZ 1983, 74.

³³ OLG Düsseldorf NStZ 1990, 509.

³⁴ Kargl StraFo 2001, 375.

³⁵ OLG Hamm NStZ 1983, 77; differenzierend Stree NStZ 1992, 465.

³⁶ Kargl StraFo a.a.O.

³⁷ JZ 2003, 1141, 1148; so wohl auch: Köhne ZRP 2008, 165 ff; ähnlich auf der Basis eines zweistufigen Modells Eser DJT-Gutachten, 1980, S. 197.

Die von Kargl aufgebotenen Quellen (vgl. oben FN 2) sprechen indes nicht dafür nahezulegen, den Grundtatbestand als „Mord“ zu fassen, wird doch seit dem 14. Jhdt. zwischen dem mit Vorbedacht begangenen Mord und dem Totschlag „aus zorn oder aus trunkenheit“ unterschieden, um die höchststrafwürdige Form der Tötung zu qualifizieren. Tatsächlich ist der Grundtatbestand – die „einfache“ vorsätzliche Tötung – in historischen Quellen weder mit dem einen noch dem anderen Begriff belegt, im RGStGB aber eindeutig definiert: § 212: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter 5 Jahren bestraft“³⁸.

Der Vorschlag von Kargl schafft immerhin die geltende Regelung des § 211 ab. Zugleich spricht sich Kargl für eine Herabsetzung der Strafdrohung aus: wolle man der Überführung der Sanktion in Sicherungsfunktionen entgegenwirken, so sei eine formelle Verabschiedung der lebenslangen Freiheitsstrafe (auch) auf der Ebene des Strafurteils unverzichtbar³⁹. Er begrenzt die von „verwerflichen“ Gesinnungsmerkmalen bereinigten Tatbestandsmerkmale auf objektive Kriterien der Tatschwere und unternimmt damit den Versuch, eindeutige, objektive und berechenbare Merkmale in einen Regelungsbereich zu bringen, „der noch immer unkalkulierbar zwischen unbedingter Sanktionsdurchsetzung und selektivem Sanktionsverzicht pendelt“⁴⁰.

VI. Der Reformvorschlag von Thomas (1985)

Auf der Basis einer gründlichen „normengenetische(n) Untersuchung bis in die Gegenwart“ schlägt Thomas zur „Entmythologisierung“ von Mord und Totschlag einen Einheitstatbestand vor:

³⁸ Vgl. dazu Thomas, a.a.O. S. 201 f.; v. Liszt bezeichnet das Problem als unlösbar, einen „Begriff des Mordes“ gebe es einfach nicht. v. Liszt, *Verbrechen und Vergehen wider das Leben*, in: Karl Birkmeyer et al. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, V Band, 1905, 1 (68 f.), zit. nach Grünewald, *Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag – oder: Die vergessene Reform in JA 2012*, 401 ff, FN 9 u. 11.

³⁹ Für die Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch eine zeitige ebenfalls: Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, 635; Laubenthal, *Lebenslange Freiheitsstrafe*, 1987, 280; Heine *GA* 2000, 317, zit. nach Kargl a.a.O. FN 193.

⁴⁰ A.a.O. S. 375.

§ 212 (Mord)

- (1) Wer einen Menschen tötet, wird wegen Totschlags mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft
- (2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
1. Mehrere Menschen oder einen Menschen mit gemeingefährlichen Mitteln tötet,
 2. Einen Menschen bei der bandenmäßigen Begehung von Gewalttaten oder zur Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat tötet,
 3. Einen Menschen aus Rassenhass, Habgier oder zur Befriedigung des Geschlechtstriebes tötet.
- (3) Ein besonders schwerer Fall darf nur angenommen werden, wenn Ursachen, Anlass und Umstände der Tat sowie das Verhältnis von Opfer und Täter die besondere Missbilligung der Tat rechtfertigen.

Der Entwurf stellt vornehmlich darauf ab, ob die Tat durch einen interpersonalen Konflikt geprägt ist, intrapersonelle Konflikte des Täters haben eine nur untergeordnete Bedeutung.

Daneben treten die Merkmale der Gemeingefährlichkeit und der Professionalität des Täters.

Der Gesichtspunkt der besonderen Missbilligung der Tat sollte dem Richter eine umfassende Analyse der Genese, Umstände und Konstellation (Täter-Opfer) auferlegen, nach deren Gesamtwürdigung auch auf die Gefahr für die unbeteiligte Gemeinschaft zu reflektieren sei, die ohnehin unter den Stichworten der Nah- oder Fernraumbtötungen eine ausschlaggebende Rolle für die Annahme der Erfüllung des Mordtatbestandes spiele⁴¹.

Die grundsätzliche Kritik an Regelbeispielen liegt darin, dass ihre Vorgaben die Voraussetzung dafür schaffen, dass auch von ihrem Wortsinn nicht erfasste

⁴¹ Vgl. Thomas, Die Geschichte des Mordparagrafen, 1985, S. 333 ff.; Sotelsek, a.a.O., S. 202.

Konstellationen verschärfter Strafe unterworfen werden können, das Analogieverbot mithin nur formal beachtet wird und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) umgangen wird.⁴²

Die Praxis lehrt zudem, dass sich in den Fallkonstellationen, denen Konflikt- und Spontantaten im personalen Nahbereich zugrundeliegen – und das dürfte die weitaus überwiegende Zahl der Fälle sein⁴³ – gerade die Betrachtung der Interdependenz von inter- **und** intrapersonalen Konflikten – regelmäßig – den Schlüssel zur gerechten Beurteilung liefert.

VII. Kritik und Reformvorschlag von Mitsch

1. Mitsch sieht – ungeachtet der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1977 – § 211 StGB als verfassungswidrig an⁴⁴. Die Vorschriften über die Tötungsdelikte seien gleichsam das Aushängeschild einer nationalen Strafrechtsordnung. Ein Rechtsstaat könne es sich nicht leisten, in diesem Bereich mit Normen suboptimaler Qualität zu operieren⁴⁵. Die Literatur spreche von „Flickschusterei“⁴⁶, „Zick-Zack-Kurs der Rechtsprechung“⁴⁷ oder „trostlose Misere der Interpretation des Heimtückemerkmals durch die höchstrichterliche Rechtsprechung“⁴⁸. Allerdings habe das 6. StRRG von 1998 § 211 StGB völlig unberührt gelassen, so dass man auf eine dringende Gesamtreform der Tötungsdelikte wahrscheinlich noch lange warten müsse⁴⁹.

Auch vom Bundesverfassungsgericht seien in diesem wichtigen rechtspolitischen Feld keine weiterführenden Impulse zu erwarten⁵⁰.

⁴² Sotelsek, S. 224.

⁴³ Vgl. dazu: Rasch, Die Tötung des Intimpartners, 1964 (Neuaufgabe 1995).

⁴⁴ JZ 2008, 336 ff; ders. Anwaltkommentar StGB, 2011, § 211 RN 4 ff.

⁴⁵ JZ 2008, 336, 337; Eser spricht in seinem DJT-Gutachten S. 19 von „tiefgreifende(n) Mängel des geltenden Rechts“.

⁴⁶ Heine, Brauneck-Ehrengabe, 1999, S. 315, 319.

⁴⁷ Heine GA 2000, 305 ff, 311.

⁴⁸ Otto, Anm. zu BGH 1 StR 483/02, NStZ 2004, 142, 143.

⁴⁹ Anwaltkommentar § 211 RN 1; Rengier NStZ 2004, 233, 240.

⁵⁰ Mitsch, Anwaltkommentar StGB, 2011, § 211 RN 8.

2. Mitsch hält eine **Rechtsfolgenlösung** für vorrangig. Die Grundidee der Entscheidung des BGH (Großer Strafsenat) verdiene es, ernst genommen zu werden.

Es könne an § 211 StGB ein Abs. 3 angefügt werden für minder schwere Fälle, in denen eine Mindeststrafe von 5 Jahren angedroht werde.

Alternativ könnte § 213 StGB geändert werden:

Das Wort „Totschläger“ solle durch das Wort „Täter“ ersetzt werden, der Satzteil nach dem letzten Komma solle den Wortlaut erhalten:

„so ist die Strafe im Fall des § 211 Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren, im Fall des § 212 Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren“⁵¹.

Der Vorschlag eröffnet damit die Möglichkeit, auch bei Erfüllung des Mordtatbestandes Strafzumessungsgesichtspunkte nach § 46 StGB anzuwenden und der starren Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe die Spitze zu nehmen.

VIII. Das Antonym: Überlegung und Affekt

Man wird das Merkmal der Überlegung mit Recht als Kriterium der **rationalen Abgrenzung** zwischen einer „normalen“ und einer „qualifizierten“ Tötung bezeichnen können.⁵²

Demgegenüber bezeichnet Eser das Überlegungskriterium als „**psychologisch**“, während sich die Verwerflichkeitskasuistik der Novelle von 1941 an germanisch-deutschen **sozialethischen** Kategorien orientiere. Die dem Entwurf von Stooss

⁵¹ JZ 2008, 336, 340.

⁵² Sotelsek, S. 14; so bejubelt Freisler die Abschaffung des „**überintellektualistischen**“ Überlegungskriteriums in DJ 1941, 935 und Rietzsch in Pfundtner-Neubert, Das neue Reichsrecht, 2. Aufl. S. 171 polemisiert gegen seine „**individualistisch-rationalistischen**“ **Wurzeln im Denken der Aufklärung**; Schmidt-Leichner begleitet dies mit der tätertyporientierten Formulierung: „**Mörder wird man nicht, Mörder ist man**“ DR 1941, 2148. Zit. nach Eser DJT-Gutachten S. 32 und FN 41, 49, 50.

ähnelnde Novelle⁵³ wird – seinerzeit – als „Rückkehr von der seelischen Temperatur der Tat zu der Gesinnung des Täters“⁵⁴ begrüßt, und die Nähe des Überlegungskriteriums zu Elementen der Kantschen Philosophie⁵⁵ gänzlich ignoriert und missachtet.⁵⁶

Aktuell unterscheiden die Rechtsordnungen von Belgien, Luxemburg, Frankreich, Finnland sowie die Niederlande und Israel sowie den USA⁵⁷ zwischen Mord und Totschlag nach dem Überlegungskriterium⁵⁸ und auch in der Praxis der Kapitalstrafverfahren spielt das antagonistische Verhältnis von Affekt und Überlegung bei der Frage, ob die Tat im Zustand verminderter Schuldfähigkeit begangen wurde, eine entscheidende Rolle. So gelten für die Frage, ob ein Affekt i.S.e. tiefgreifenden Bewusstseinsstörung angenommen werden kann⁵⁹, die sog. Kontraindizien von Bayer:

- Tatvorbereitung
- Planmäßiges Vorgehen
- Fähigkeit abzuwarten
- Vorsorge vor Entdeckung.⁶⁰

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung werden an die Annahme der subjektiven Seite bei der Erfüllung jener Mordmerkmale, die die besondere Verwerflichkeit der Tat

⁵³ Vgl. dazu oben S. 2 u. FN 5.

⁵⁴ Kohlrausch-Lange, 1944, StGB §§ 211, 212, Anm. III 5.

⁵⁵ Kant, Metaphysik, S 335:“ ...je kleiner das Naturhindernis, je größer das Hindernis aus Gründen der Pflicht, desto mehr wird die Übertretung (als Verschuldung) zugerechnet.- Daher der Gemütszustand, ob das Subjekt die Tat im Affekt oder mit ruhiger Überlegung verübt habe, in der Zurechnung einen Unterschied macht, der Folgen hat.“ Zit. nach: Sotelsek, S. 15 FN 109; vgl. Zu den historischen Wurzeln des Überlegungsprinzips in Art 137 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 und der Rezeption des Affektkriteriums (als Negation der Überlegung) durch Anselm v. Feuerbach für das bayStGB von 1813: Eser DJT-Gutachten S. 118 f.

⁵⁶ Die Novelle von 1941 hatte Vorläufer in den Jahren 1935 und 1939, während die Reformentwürfe der Weimarer Zeit – trotz aller Schwierigkeiten – am Überlegungsprinzip festgehalten hatten – mit Ausnahme des von Gustav Radbruch beeinflussten E 1922/1925; siehe Eser DJT – Gutachten S. 30.

⁵⁷ Vgl. dazu: Kremnitzer „On Premeditation“, in: Buffalo Criminal Law Review, 1985 V1 No 2 S. 21 ff. u. FN 10.

⁵⁸ Sotelsek S. 16.

⁵⁹ Vgl. nur: BGH StV 2012, 88.

⁶⁰ Walter Ritter von Bayer, Neurose, Psychiatrie und Gesetzgebung, 1959, vgl. auch Fischer, StGB, 2014, § 20, Rn 32; Gleiches gilt selbstverständlich auch für die Persönlichkeitsstörung als SASA (vgl. Zum Bezug auf ein Mordmerkmal Fischer § 211 RN 82).

begründen sollen, besondere Anforderungen gestellt, wenn der Täter im Zustand einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung gehandelt hat⁶¹.

Aber auch das Überlegungskriterium hat die Rechtsprechung vor eine Vielzahl schwer lösbarer dogmatischer Fragen gestellt⁶². Das Überlegungsmerkmal ist keineswegs nur an objektiven Tatsachen ablesbar, sondern ein Nachweis ist – regelmäßig – nur über (geständige) Erklärungen des Beschuldigten zur Sache möglich. Es darf aber behauptet werden, dass die Definitions- und Abgrenzungsprobleme bei den Merkmalen des geltenden § 211 StGB kaum geringer sind.

IX. Zu den kriminologischen Daten

Das öffentliche Interesse an Kriminalität findet seinen Höhepunkt in der Berichterstattung über Tötungsdelikte. Nur Sexualdelikte können eine ähnliche mediale Aufmerksamkeit für sich beanspruchen⁶³. Fast über jeden Prozess, der einen Mord oder Totschlag zum Gegenstand hat, wird berichtet. Quantitativ oder qualitativ auffällige Fälle füllen gar die Frontseite überregionaler Tageszeitschriften und die Titelgeschichten von großen Illustrierten über Wochen und Monate, während

⁶¹ Vgl. zum Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke BGH StV 2012, 84 f.; NSTz 2007, 330.; 1987, 173; bei niedrigen Beweggründen BGH StV 1996, 211; 2001, 230; bei Verdeckungsabsicht BGH NJW 1999, 1039, 1041; vgl. auch BGH 3 StR 382/03; allerdings ist die Rechtsprechung uneinheitlich, ohne dass objektive Kriterien erkennbar wären, vgl. nur BGH StV 2012, 85 m. Anm. Jahn in JuS 2011, 942: „Reagiert der Täter allerdings allein auf wuterregende Vorhaltungen des Opfers, so kann es bei einer dadurch ausgelösten Tötung an der Verdeckungsabsicht fehlen (...BGH 3 StR 314/81). Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann im Übrigen auch bei einem in einer unvorhergesehenen Augenblickssituation spontan gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat **erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele** (...BGH 1 StR 3/07 Rn. 39) (Hervorh.: d. V.); BGH NSTz – RR 2000, 166; das gleiche gilt für die Frage, ob der Täter die Niedrigkeit der Beweggründe gedanklich beherrschen und gewollt steuern konnte, vgl. zum Ganzen Fischer, StGB, § 211 RN 80 a, 82, 83. Auch hier zeigt sich die Inkompatibilität eines an rationalen Kriterien orientierten Systems (Überlegung/Affekt) mit den Gesinnungsmerkmalen des geltenden § 211 überdeutlich. Es fehlt an bestimmten Kriterien und jeglicher Rechtssicherheit; vgl. auch zur Unrechtskontinuität zwischen Überlegung und Heimtücke: BGH St 41, 72, 78.

⁶² Vgl. dazu ausführlich Thomas, Geschichte des Mordparagrafen, 1985, S. 216 ff.; Sotelsek, S. 18 ff. m. w. N.; Eser, Gutachten zum 53. DJT, S. 27 ff. m. w. N.; MK-Schneider spricht von der „Erosion des Überlegungsmerkmals in der späten Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Veranlassung gegeben habe, auf dieses Merkmal zur Abgrenzung von Mord und Totschlag ganz zu verzichten“, § 211, Rn 3.

⁶³ Kröber/Dahle, Editorial zum Heft „Tötungsdelikte“, FPPK 2008, 75.

kriminologisch betrachtet Mord und Totschlag in den Jahren 2002 – 2006 kontinuierlich einen Anteil von weniger als 0,5 % an der Gesamtkriminalität einnahmen.⁶⁴

Dass diese Omnipräsenz in den Medien dankbar angenommen wird, hängt nach sozialbiologischen Erkenntnissen auch mit dem menscheitsgeschichtlichen Risiko zusammen, von einem anderen Menschen getötet zu werden, welches Jahrtausende lang herrschte. Infolgedessen entstanden hochsensible Schutzmechanismen, die auch ein legitimes Bedürfnis nach Information über Indikatoren für einen möglicherweise bevorstehenden Angriff auf das menschliche Leben zur Folge haben. Dadurch hat der Mensch ein feines Gespür dafür entwickelt, ob Situationen zu eskalieren drohen und es für unser Leben gefährlich werden könnte⁶⁵. Das könnte die „Neugier“ erklären, die auch in Zeiten des Gefahrenrückgangs fortbesteht.

Zur selben Zeit ist nicht nur das objektive Tatgeschehen von Interesse. Auch bezüglich der Motivation des Täters herrscht ein hohes Erklärungsbedürfnis. Beachtlich ist dabei die Bereitschaft aufgrund pathologischer Motive Schuldunfähigkeit oder Schuldinderung anzunehmen, während in der profanen Kriminalität meist pauschal Egoismus oder Habgier unterstellt werden⁶⁶.

Trotz des ungebrochenen Interesses an Tötungsdelikten in der Öffentlichkeit kann seit 1996 ein starker Rückgang der Tötungsdelikte in Deutschland beobachtet werden. Konnten nach Polizeilicher Kriminalstatistik (PSK) 1995 noch 48,4 Fälle von versuchten oder vollendeten Tötungsdelikten pro 10 Millionen Einwohnern festgestellt werden, so waren es 2006 nur noch 30⁶⁷; das ist der gleiche Stand wie zuletzt 1968⁶⁸. Zählt man nur die vollendeten Tötungsdelikte, so waren es 2005 sogar nur 9,8⁶⁹. Das sind gut 0,01% der Gesamtkriminalität⁷⁰. Im gleichen Jahr lag die Quote in den USA bei 56,1. Aber auch im europäischen Vergleich steht Deutschland gut da. In Frankreich lag die Quote bei 16,3, in England und Wales bei 15,9, in Spanien bei 13,4 und in Italien bei 11,3. Der Blick gen Osten offenbart gar Quoten von 111 vollendeten Tötungen pro 10

⁶⁴ Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) www.bka.de/pks.

⁶⁵ Buss, zitiert nach Kröber/Dahle, FPPK 2008, 75.

⁶⁶ Kröber/Dahle, FPPK 2008, 75.

⁶⁷ Laue, Die Entwicklung der Tötungsdelikte in Deutschland, FPPK, 2008, 76, 80.

⁶⁸ ders., a.a.O., 76, 79.

⁶⁹ ders., a.a.O., 76, 82.

⁷⁰ ders., a.a.O., 76.

Millionen Einwohner in Litauen und 86,5 in Estland. Am besten schneiden **Österreich**⁷¹ mit 6,7 und **Luxemburg** mit 6,6 ab⁷². Die Aufklärungsquote ist in Deutschland bei Tötungsdelikten sehr hoch, sie liegt bei ca. 95 %⁷³ der als Todesfälle mit Fremdeinwirkung erkannten.

Der erhebliche Rückgang der Inzidenzrate in Deutschland sollte den Diskurs um eine allfällige Reform der gesetzlichen Regelung der Tötungsdelikte begünstigen.

X. Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag

1. Im Zentrum der Betrachtung steht das Rechtsgut Leben. Das Lebensrecht des Bürgers zu sichern ist eine Kernaufgabe des Staates. Im rechtsstaatlich verfassten demokratischen Gemeinwesen stellt das Leben naturgemäß die Basisvoraussetzung für den Bürger dar, seine durch die Verfassung garantierten Rechte (insbes. Grundrechte) überhaupt wahrnehmen zu können.
2. Das Strafrecht hat diese Aufgabe über die Stabilisierung der archaischen Norm „Du sollst nicht töten“ zu erfüllen. Die durch eine wirkungsvolle Sanktion bewehrte Norm dient zugleich bei Verstoß zur Restitution des Rechts wie auch präventiv zum Schutz des Bürgers vor Angriffen gegen sein Leben.
3. Das Grunddelikt ist mit dem Begriff „**Totschlag**“ nicht sachgerecht bezeichnet, die lebensvernichtende Tat kann auf vielerlei Weise erfolgen. Die Legaldefinition sollte sich demnach – ganz wie die biblische Urformulierung – an der allgemein-abstrakten Handlung des „Tötens“ orientieren.
4. Diese Norm sollte den Grundtatbestand darstellen und damit die Priorität des Gesetzauftrages zum Schutz des Rechtsguts Leben markieren.

⁷¹ Zur aktuellen Gesetzeslage vgl. u. Kapit. X.

⁷² *Laue*, FPPK 2008, 76, 82.

⁷³ *ders.*, a.a.O., 76, 77.

5. Der sich in der Historie der verschiedenen Gesetzesfassungen über die Zeit und der zahlreichen Reformentwürfe manifestierende Streit um die Abgrenzung zwischen Mord und Tötung kann zu einer erheblichen Überbewertung einer besonderen **Modalität der Verletzung** des Rechtsguts Leben gegenüber seinem Schutz an sich führen, vice versa zu einer inzidenten Abwertung des Rechtsguts selbst.

6. Jede Tötung ist verwerflich. Jede lebensvernichtende Tat ein kaum nachvollziehbares Drama.
Der Streit darum, ob über eine begriffliche Abstraktion (Beispiel: Prämeditation), Kasuistik (Beispiel: aktuelle Fassung des § 211 StGB) oder Regelbeispielskataloge (Beispiel: AE-Leben) eine vorsätzliche lebensvernichtende Tat als unterscheidbar erheblich verwerflicher einzustufen sei, fokussiert den Schwurgerichtsprozess auf einen „Kriegsschauplatz“, in dem der eigentliche Zweck des Schutzes des Rechtsguts Leben in den Hintergrund zu treten droht. Von dieser **Prioritätsverschiebung** sind auch die kriminalpolizeilichen Ermittlungen geprägt. Sie verleitet zu konsequenter Verletzung elementarer Verfahrensgarantien (Schweigerecht, Recht auf Verteidigerkonsultation)⁷⁴.

7. Ob es eine denkbare „auf den Begriff zu bringende“ Abgrenzung zwischen Mord und Tötung überhaupt geben kann, wird von v. Liszt mit gewichtigen Argumenten infrage gestellt.⁷⁵ Liszt formuliert – in Auseinandersetzung mit dem Entwurf von Stooss –, dass insbesondere ein kasuistisches Regelungsmodell „grundverkehrt“ sei. Der Versuch, die Strafe nach Art und Maß der objektiven Schwere der Tat genau anzupassen, stelle den Gesetzgeber unter Anforderungen, die zu erfüllen er nicht imstande sei. „Denn die Erscheinungen des Lebens werden immer vielgestaltiger sein als die vom Gesetzgeber aufgestellten Unterscheidungen. Und je größer die Kasuistik des Gesetzes, desto größer die Gefahr, dass dem einzelnen Fall Gewalt angetan und der eigentliche Wille des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt werde.“

⁷⁴ Rasch/Hinz, Kriminalistik 1980, 377 ff.

⁷⁵ Linka a.a.O. S. 65 f., 73ff., 76f.

8. Besondere Schwierigkeiten bei der Tatbestandsformulierung des Mordes sind in der Historie dadurch aufgetreten, dass die Findung des Tatbestandes von der Sanktion der Höchststrafe (Todesstrafe; lebenslange Freiheitsstrafe) aus betrieben wurde – man suchte nach der Definition des höchststrafwürdigen Delikts, oder – dies gilt insbesondere für die Gesetzesfassung von 1941 – das „Bild des Mordes“ weiter reichte, als durch die im Gesetz angeführte Kasuistik umgrenzt⁷⁶.

9. Dabei ist es nicht von der Hand zu weisen, dass der Schutz des Rechtsguts Leben, der im Vordergrund der Betrachtung zu stehen hat, auch die Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe als eine mögliche Rechtsfolge erfordert. Gerade wenn man sich aber diesem tiefsten denkbaren Einschnitt in das Freiheitsgrundrecht eines Bürgers als ultima ratio verpflichtet, muss die Ausgestaltung des Eingriffs umso rationaler und nachvollziehbarer ausgestaltet sein. Jedes Urteil wendet sich zugleich an den Täter als auch an die soziale Gemeinschaft. Die normbildende und -stabilisierende Kraft eines jeden Judikats hängt deshalb von der Vermittelbarkeit des Gesetzes und der auf diesem basierenden Entscheidung ab. Zick-Zack- Kurse, Unwägbarkeiten, Rechtsunsicherheit und an Emotionen appellierende Verdikte sind wenig geeignet, einen intersubjektiv nachvollziehbaren Rechtsgüterschutz zu vermitteln. Der demokratische Rechtsstaat und das verfassungsrechtlich verankerte Rechtsstaatsprinzip verlangen dem strafenden Staat die Verwirklichung solcher rational-ethischen Prinzipien ab. Die im Zeitgeist des Jahres 1941 entstandenen §§ 211 ff. StGB stehen dazu im diametralen Gegensatz.

Über die Regelung des § 57 a StGB wird – bei Wegfall der Schuldschwereklausele – für jeden zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten die Chance eröffnet, eine Reststrafenbewährung nach Verbüßung von 15 Jahren zu erhalten.

⁷⁶ Linka a.a.O.

X. Vorrangige Reformaspekte

1. Die Tätertypbezeichnungen „Mörder ist, wer...“ (§ 211 StGB) und „Totschläger“ (§ 212) stellen systemfremde Elemente einer Tätertypenlehre im StGB dar, es ist daher vorrangig vorzuschlagen, sie aus dem Gesetz zu entfernen.
2. Die Sanktionskluft zwischen § 211 StGB und 212 StGB markiert eine – am Maßstab des Rechtsgüterschutzes gemessene – ungerechtfertigte Überbewertung von Tatmodalität und Tatumständen. Sie muss überwunden werden.
3. Die exklusiv–absolut an einen Begriff (Überlegung), Kasuistik (Gesetzesfassung von 1941) oder Regelbeispiele (Vorentwürfe zur Gesetzesfassung von 1941 in den Jahren...) geknüpfte Höchstsanktion an die Erfüllung des Mordtatbestandes (früher Todesstrafe, heute lebenslange Freiheitsstrafe) widerstreitet dem Befund, dass die Vielfalt der Erscheinungsformen lebensvernichtender Taten durch den Tatbestand in seiner jeweiligen gesetzlichen Form nicht erfasst werden konnte, was sich als überdauernde Problematik darstellt (Beispiele: altruistische Motive bei der Tötung, Mitnahmesuizid, Tötung des Haustyrannen, Tötung in Notwehr- oder Notstandsähnlichen Konstellationen). Rechtshistorisch ist eine Abgrenzung der Tötung vom Mord nicht gelungen und wahrscheinlich ist sie – wie Liszt es bereits formuliert hat – auch nicht möglich.
4. Der exklusiv-absoluten Verknüpfung zwischen Erfüllung des Tatbestandes und der jeglicher Strafzumessungserwägung entthobener Höchstsanktion **fehlt die erforderliche Legitimationsgrundlage**.
Dadurch, dass der Gesetzgeber den Richter mit der Anordnung der absoluten Strafandrohung bei Erfüllung des Mordtatbestandes oktroyiert, die Höchststrafe ohne Anwendung des § 46 zu verhängen (Ausnahme: minder schwerer Fall - § 49 Abs. 1 StGB bei Heimtücke) drückt sich ein gewisses Misstrauen aus, der Richter könnte in der Praxis der Rechtsanwendung dem aufgezeigten Legitimationsdefizit entsprechend bei einem nach unten offenen Sanktionsrahmen die Verhängung der Höchststrafe vermeiden.

Umgekehrt weist die verbreitete – und wissenschaftlich belegte – tatsächliche Vermeidungsstrategie in der Schwurgerichtspraxis, die Höchststrafe zu verhängen und/oder den Mordtatbestand anzunehmen (vor allem bei der Konflikt- und/oder Affekttötung) darauf hin, dass in einer Vielzahl von Fällen das „Korsett“ der Mordmerkmale und der Höchststrafensanktion als dem Einzelfall unangemessen verstanden wird⁷⁷, die Vermeidung spiegelt mithin das Legitimationsdefizit wider.

5. Die durch Gesetz von 1941 eingeführte Mordkasuistik enthält eine Aufzählung aufgeladener Gesinnungsmerkmale, die geprägt ist von der Tätertypenlehre und dem damit verbundenen Bild des Mörders als einer Person, die die Todesstrafe „verdient“.

In der Begründung zum Entwurf einer Schwerverbrecherverordnung, April 1940, heißt es dazu: „Einer volkstümlichen Rechtsauffassung entsprechend muss für die Unterscheidung (scil.: zwischen Mord und Totschlag) die Gesinnung, aus der heraus der Täter die Tötung unternommen oder durch die Art der Ausführung der Tat und die gewählten Mittel bewiesen hat, entscheidend sein.

Die Abgrenzung des Entwurfs zwischen Mord und Totschlag ermöglicht eine gerechte, allen Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragende Entscheidung. Die Bezeichnung des Täters als Mörder bzw. als Totschläger weist den Richter darauf hin, die Gesamtpersönlichkeit des Täters zu prüfen und zu würdigen“⁷⁸. So formulierte Freisler⁷⁹: „Der Gesetzgeber hat ihn (scil.: den Tätertypen) ganz einfach hingestellt. Damit der Richter ihn ansehen und sagen kann: das Subjekt verdient den Strang“.

⁷⁷ Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Ergebnisse kriminologischer Untersuchungen und Erhebungen von Heinz, Neue Straflust – Realität oder Mythos? NK 2011, 14 ff; und Streng, Punitivität bei Justizjuristen, Ergebnisse von Befragungen und aus der Rechtspflegestatistik, zit. nach: Materialheft für den Strafverteidigertag März 2013/Freiburg, S. 93 ff., die einen allgemeinen Anstieg von Punitivität nach dem 6. StrRG nicht erkennen mit Ausnahme der Verurteilungspraxis bei Tötungsdelikten. „Es zeigt sich bei den Kapitaldelikten eine eindeutige Entwicklung hin zu höheren Strafen. Bei Totschlag hat der Anteil der Strafen von bis zu zehn Jahren und bis zu fünfzehn Jahren erheblich zugenommen“ (Streng a.a.O. S. 98); „Die Einzeldeliktanalyse zeigt gegenläufige Tendenzen – zunehmende Punitivität bei vorsätzlichen Tötungsdelikten und gefährlicher Körperverletzung (...), abnehmende Punitivität bei Eigentums- und Vermögensdelikten“ Heinz a.a.O. S. 27).

⁷⁸ Zit. nach Linka S. 188, FN 157.

⁷⁹ DJ 1939, 1451.

Linka zeigt in ihrer Aufarbeitung der Entstehungsgeschichte des Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. Sept. 1941 auf, dass sämtliche Reformentwürfe, die zum Ziel hatten, das Überlegungsprinzip abzuschaffen und durch die noch heute geltende Mordkasuistik zu ersetzen, aus der Zeit nach 1933 stammen ⁸⁰(a.a.O. S. 159 ff., Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, erste Lesung 1933/34; zweite Lesung 1935/36; weiterer Verlauf der Strafrechtsreform 1936- 1939; Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs); sie verneint ferner, dass das Gesetz von 1941 ein Abbild des vom schweizerischen Rechtswissenschaftler Carl Stooss erarbeiteten Reformentwurf aus 1894 sei. Der Gesetzgeber von 1941 habe jeglichen Einfluss aus dem Ausland weit von sich gewiesen. Signifikant ist in diesem Zusammenhang, dass das Gesetz erst zustande gekommen ist, als die Nationalsozialisten Europa mit Krieg überzogen hatten.

Der neue Mordparagraph erhielt sein wesentliches Gepräge durch die „sonstigen niedrigen Beweggründe“, die im Entwurf von Carl Stooss gerade **nicht enthalten sind**.⁸¹

Linka weist darauf hin, die Kasuistik der Tatbestandsmerkmale des § 211 sei seit Beginn der Entwurfsarbeiten 1933 nie isoliert diskutiert worden, sondern stets als Katalog flankiert von den Korrektiven der Regelbeispielstechnik und der Täterbegriffe.⁸²

Das Mordmerkmal der „**sonstigen niedrigen Beweggründe**“ spielt auch in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland eine große praktische und prägende Rolle.⁸³

⁸⁰ A.a.O. S. 159 ff., Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, erste Lesung 1933/34; zweite Lesung 1935/36; Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs.

⁸¹ Dies vernachlässigt Eser, wenn er formuliert, es könne „in der Sache kein Zweifel sein, dass in wesentlichen Punkten der Stoos'sche Entwurf Pate stand (...)“, Gutachten S. 31.f.; vgl. dazu auch MK-Schneider, 2012, § 211 Rn 5, diesen Ansatz eher ablehnend: Heine GA 2000, 305, 306 f.; Wolf, FS Schreiber, 2003, S. 519 ff, 531.

⁸² A.a.O. S. 194.

⁸³ Vgl. Eser, Gutachten S. 40.; vgl. dazu SK-Sinn, 2012, § 211, Rn 4: “Die vor allem die höchstrichterliche Rechtsprechung beherrschende Gegenauffassung, dass sich ein Teil der Mordmerkmale, namentlich das Handeln aus niedrigen Beweggründen, überhaupt nur mit Schulderwägungen erklären lässt, hat schon wieder vergessen, dass seit der Anerkennung der

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist eine Gesamtwürdigung anzustellen, bei der Anlass und Tat ins Verhältnis zu setzen sind, die Vorgeschichte ist zu betrachten einschließlich der Verantwortung des Täters oder des Opfers an einer Konflikteskalation, schließlich das unmittelbare Tatmotiv des Täters mit seiner Einstellung gegenüber dem Lebensrecht des Opfers.⁸⁴ Zur „Begriffsdefinition“ spricht die höchstrichterliche Rechtsprechung von solchen Motivationen der vorsätzlichen Tötung, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich, ja verachtenswert sind.⁸⁵

„Die berechtigte Kritik richtet sich (...) gegen das Fehlen objektivierbarer Maßstäbe, gegen die Öffnung Willkür-gefährdeter Bewertungsspielräume und gegen die – vom Gesetzgeber des § 211 programmatisch beabsichtigte – Einbeziehung von Persönlichkeits- und Schuldbeurteilungen schon auf der Tatbestandsebene“.⁸⁶

XI.

Der vorgelegte Vorschlag basiert auf einer modifizierten Übernahme der geltenden Fassung der §§ 75, 76 des Österreichischen Strafgesetzbuches:

Die Normen haben im ÖStGB folgenden Wortlaut:

§ 75 StGB Mord

Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Existenz subjektiver Unrechtselemente die Größe nicht erst der Tatschuld, sondern bereits des Tatumrechts auch von inneren Umständen (Absichten, Beweggründen) mitbestimmt werden kann.“

⁸⁴ Fischer § 211, RN 14a, 15 m. w. N.

⁸⁵ Vgl. BGH NSTZ 2011, 35; 2009, 210; 2006, 284 u. 1240; 2004, 34; MK-Schneider, § 211, RN 70.

⁸⁶ Fischer § 211 RN 15; Wolf, FS Schreiber, 2003, 519, 524 ff, 531; Schneider, FS Widmaier, 2008, 759, 763 ff; MK-Schneider § 211 Rn 10 führt aus: „(...)grundsätzliche Schwäche der verwerflichkeitsorientierten Rekonstruktion von Mordmerkmalen: **Verwerflichkeitsmodelle sind maßlos**. Sie basieren auf beliebig ausdeutbaren Leerformeln, deren Erkenntnisgewinn von dem mehr oder weniger dezisionistischen Input an Vorgaben abhängt.“; so auch Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 48; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 116 f.

§ 76 StGB Totschlag

Wer sich in einer allgemein begreiflichen Gemütsbewegung dazu hinreißen lässt, einen anderen zu töten, ist mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Die Abschaffung des § 211 StGB in der geltenden Fassung folgt aus der Erkenntnis, dass es weder über eine begriffliche Definition noch über Regelbeispiele noch über Kasuistik gelingt, bei der Vielfalt von Erscheinungsformen der Tötungsdelikte⁸⁷ – namentlich im sozialen Nahbereich, der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle lebensvernichtender Taten – die höchststrafwürdige Tat von anderen, weniger gravierenden trennscharf zu unterscheiden.

Die Regelung des § 212 öffnet den Sanktionsrahmen und gibt für die Strafzumessung den Zugriff auf §§ 46 ff. StGB frei.

Das „Ermitteln für den Tatbestand“ entfällt weitgehend. Es kann erwartet werden, dass die eines Rechtsstaates unwürdige Missachtung (vgl. § 136a StPO) fundamentaler Rechte des Beschuldigten (Schweigerecht, §136 StPO, Anwaltskonsultationsrecht, § 137 StPO) in Ermittlungsverfahren, die ein Kapitaldelikt zum Gegenstand haben, zurückgedrängt werden kann.

Durch den Wegfall des Mordparagraphen mit seinen aufgeladenen Gesinnungsmerkmalen wird das normative Signal an die Bürger in unserer Gesellschaft auf den Schutz des Rechtsguts Leben konzentriert.

Um dem Präventionsgedanken Rechnung zu tragen und das Dilemma aufzulösen, dass der die Tat bestreitende Angeklagte – regelmäßig – gehindert ist, strafzumessungsrelevante Tatsachen vorzutragen sollte die Hauptverhandlung in Kapitalstrafverfahren zweigeteilt werden (formelles Schuldinterlokut)⁸⁸. Das würde

⁸⁷ Vgl. dazu einerseits Bernsmann, Affekt und Opferverhalten, NStZ 1989, 160 ff.; MK-Schneider, § 211, RN 25 „Phänomenologie der Ausnahmefälle“ – hier beim Mordmerkmal der Heimtücke; Rasch, Die Tötung des Intimpartners, Neuauflage 1995; Spazier, Der Tod des Psychiaters, Neuauflage 1994; andererseits die bemerkenswert „böse“ Geschichte über einen Wiederholungstäter von Gebhardt/Gutmann, Der Arzt, Dein Freund und Mörder, 2012.

⁸⁸ Vgl. dazu: Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, S. 354 ff., 356 „Außerdem macht die erwünschte Hinwendung zu einem konsequenten Resozialisierungsstrafvollzug (...) und zu sozialtherapeutischen

bedeuten, dass die Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen (§ 243 Abs. 2 S. 2 StPO) ebenso in den zweiten Verfahrensabschnitt verlagert wird wie die Frage nach einer möglichen verminderten oder aufgehobenen Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) des Angeklagten bei der Tat.

Diese Verfahrensweise würde dem besonderen Stellenwert der Strafzumessung in diesen Verfahren Rechnung tragen und zugleich die revisionsgerichtliche Prüfungs- und Kontrollmöglichkeit verstärken.

Damit würde der weite Zumessungsrahmen, der dem Tatrichter an die Hand gegeben ist, der (höchst-) richterlichen Rechtsfortbildung überantwortet.

Die Schuldschwereklausel des § 57 a Abs. 1 Nr. 2 soll entfallen, die zu dieser Klausel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Gesichtspunkte können in die Strafzumessung einfließen.⁸⁹

Maßnahmen es notwendig, der nach gründlicher Persönlichkeitserforschung zu treffenden Rechtsfolgenentscheidung einen besonderen Verfahrensabschnitt (evtl. unter Ausschluss der Öffentlichkeit) zu widmen. Auch der X. Internationale Strafrechtskongress in Rom, 1969, hat sich für die Zerteilung der Hauptverhandlung – mindestens bei schweren Straftaten – ausgesprochen. (...) Allerdings wird man den Zwischenentscheid nicht als gesondert anfechtbares Urteil, sondern nur als Beschluss ausgestalten und Rechtsmittel weiterhin nur gegen das die Instanz abschließende Urteil zulassen dürfen. Außerdem ist zu fordern, dass die Frage der Schuldfähigkeit (...) erst im zweiten Teil der Hauptverhandlung im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen erörtert werden darf, während der erste Teil der Tatbegehung unter Einbeziehung aller Rechtfertigungs- und der übrigen Strafausschlussmöglichkeiten gewidmet ist (sog. Tatinterlokut)“; vgl. auch: Roxin, Die Reform der HV im deutschen Strafprozess, in Probleme der Strafprozessreform, 1975, 52; vgl. auch Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2012, 370.

⁸⁹ Vgl. dazu Kargl JZ 2003, 1141 ff.