

## „Junges Publizieren“

Seminararbeit von

*Jonas Wurm*

## Reform der Tötungsdelikte

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Fachbereich Rechtswissenschaft

Gutachter: Priv. Doz. Dr. Mag. Hilde Farthofer

Abgabedatum: 10.4.2023, aktualisiert am 23.4.2024

**Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Überblick</b>	<b>2</b>
<b>II. Reform der Tötungsdelikte</b>	<b>2</b>
1. <i>Geschichtliche Entwicklung des Strafmaßes des Mordparagrafen ab 1871</i>	2
a) <i>Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871</i>	3
b) <i>Die Weiterentwicklung in der Weimarer Republik</i>	4
c) <i>Die Zeit des Nationalsozialismus</i>	6
d) <i>Die Reform 1941</i>	8
e) <i>Die Weiterentwicklung nach 1941</i>	9
2. <i>Die lebenslange Freiheitsstrafe</i>	9
a) <i>Grundlagen der lebenslangen Freiheitsstrafe</i>	9
aa) <i>Was bedeutet „lebenslang“?</i>	9
bb) <i>Lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung</i>	10
cc) <i>Bedeutung des § 57a StGB</i>	10
b) <i>Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe</i>	11
aa) <i>Probleme der Verfassungsmäßigkeit</i>	11
bb) <i>Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus</i>	11
(1) <i>Beispiel der „Heimtücke“</i>	12
(2) <i>Umgehungsversuche</i>	12
(3) <i>Zwischenfazit</i>	15
3. <i>Diskutierte Lösungsansätze für eine Reform</i>	15
a) <i>Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe</i>	15
b) <i>Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe und Einführung einer zeitigen Freiheitsstrafe</i>	15
c) <i>Möglichkeit der zeitigen Freiheitsstrafe neben lebenslanger Freiheitsstrafe</i>	16
aa) <i>Fakultative Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe</i>	16
bb) <i>Strafmilderungslösung</i>	17
cc) <i>Regelbeispiellösung für besonders schwere Fälle</i>	19
d) <i>Zwischenfazit</i>	20
4. <i>Eigener Vorschlag für eine Reform</i>	20
a) <i>Neufassung</i>	20
b) <i>Begründung</i>	21
<b>III. Fazit</b>	<b>22</b>

## I. Überblick

Im deutschen Strafrecht wird im Falle der vorsätzlichen Tötung zwischen Totschlag gem. § 212 StGB und Mord gem. § 211 StGB unterschieden.<sup>1</sup> Die Mordmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB legen hierbei fest, wann es sich um einen Mord handelt und somit die lebenslange Freiheitsstrafe als zwingende Sanktion eingreift.<sup>2</sup>

Dass die Tötungsdelikte, insbesondere der Mordparagraf, jedoch in der derzeit geltenden Fassung als reformbedürftig gelten, ist unter Strafrechtswissenschaftlern seit Jahrzehnten unumstritten.<sup>3</sup> Zum einen ist das systematische Verhältnis zwischen § 211 StGB und § 212 StGB ungeklärt, wobei die überwiegende Ansicht der Literatur den Mord als unselbstständige Qualifikation des Totschlages ansieht und es sich nach Ansicht der Rechtsprechung bei den beiden Normen um zwei selbstständige Tatbestände handelt.<sup>4</sup> Als weiterer Kritikpunkt wird die Formulierung der Totschlagsparagrafen aufgeführt, da die Bezeichnungen „Mörder“ und „Totschläger“, welche auf die frühere normative Tätertypenlehre zurückzuführen sind, mittlerweile als unzeitgemäß gelten.<sup>5</sup> Als Hauptkritikpunkt an der geltenden Fassung des Mordparagrafen wird insbesondere der Umstand aufgeführt, dass bei Bejahung eines einzelnen Mordmerkmals zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht ist.<sup>6</sup> So stellte bereits *Eser* in seinem Gutachten fest, dass die vielen Mängel, welche die Tötungsdelikte und insbesondere der Mordparagraf aufweisen, leichter hingenommen werden könnten, wenn die lebenslange Freiheitsstrafe in ihrer Absolutheit nicht so starr mit der Exklusivität der einzelnen Mordmerkmale verbunden wäre.<sup>7</sup> Die folgende Arbeit konzentriert sich daher insbesondere auf die Reformbedürftigkeit der Rechtsfolgende des Mordparagrafen.

Ausgehend von dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 wird der Arbeit eine Übersicht über die geschichtliche Entwicklung der Rechtsfolgende des Mordparagrafen vorangestellt. Anschließend wird auf die lebenslange Freiheitsstrafe im Allgemeinen eingegangen und deren Problempunkte aufgezeigt. Hierbei wird insbesondere der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus thematisiert und beschrieben, wie versucht wird, diesen zu umgehen. Um diese Umgehungsversuche in Zukunft entbehrlich zu machen, werden daran anschließend verschiedene Möglichkeiten diskutiert, wie der Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus durch eine Reform aufgelöst werden kann. Anhand der hieraus gewonnenen Erkenntnisse wird zum Abschluss ein eigener Vorschlag präsentiert, wie die Tötungsdelikte, insbesondere der Mordparagraf, reformiert werden könnten.

## II. Reform der Tötungsdelikte

### 1. Geschichtliche Entwicklung des Strafmaßes des Mordparagrafen ab 1871

„Bei alledem darf nicht aus den Augen verloren werden: Die Würde des Menschen ist etwas Unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, daß an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis

<sup>1</sup> *Fahlbusch*, Über die Unhaltbarkeit des Zustandes der Mordmerkmale in § 211 StGB, 2008, S. 1.

<sup>2</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 1.

<sup>3</sup> *Grünwald*, Reform der Tötungsdelikte, 2016, S. 1.

<sup>4</sup> Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, Abschlussbericht, 2015, S. 10.

<sup>5</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 10.

<sup>6</sup> *Kreuzer*, in: FS Schöch, 2010, S. 497 (497).

<sup>7</sup> *Eser*, Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 53.

beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.“<sup>8</sup>

Wie diesem Zitat des *BVerfG* aus seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe zu entnehmen ist, sind strafrechtliche Sanktionen im Laufe der Zeit immer wieder an neue Erkenntnisse anzupassen. Um beurteilen zu können, wie eine solche Anpassung in der Zukunft gestaltet werden könnte, ist ein Blick in die Vergangenheit unausweichlich.<sup>9</sup> Um einen Überblick über die Anpassungen des Strafmaßes innerhalb des Mordparagrafen in der Geschichte des deutschen Strafgesetzbuchs zu erhalten, werden diese im Folgenden näher beleuchtet.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871<sup>10</sup>, welches sich über das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 seinem Grunde nach aus dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 entwickelte.<sup>11</sup>

#### a) Das Reichsstrafgesetzbuch von 1871

Der Mordparagraf des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 lautete wie folgt:

*§ 211 a. F.: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“<sup>12</sup>*

Das Merkmal der Überlegung sollte nach damaliger Rechtsprechung nur gegeben sein, „wenn der Täter bei der Ausführung in genügend klarer Erwägung über den zur Erreichung seines Zwecks gewollten Erfolg der Tötung, über die zum Handeln drängenden und von diesem abhaltenden Beweggründe sowie über die zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderliche Tätigkeit handelt“<sup>13</sup>.

In der endgültigen Fassung bestand zudem zwar weiterhin die Todesstrafe, jedoch gab es in der Entstehung heftige Diskussionen darüber, die Todesstrafe weiterhin beizubehalten oder zu ersetzen.<sup>14</sup>

So verzichtete u. a. *John* bereits 1868 in seinem Entwurf auf die Todesstrafe und bestrafte den Mord mit lebenslänglichem Zuchthaus.<sup>15</sup> Dies begründete *John* damit, dass er den Mord schlicht als vorsätzliche Tötung verstand, da er das Abgrenzungsmerkmal zwischen Mord und Totschlag, namentlich die „Überlegung“, als dafür ungeeignet hielt.<sup>16</sup> Als Argument hierfür führte er insbesondere an, dass jeder bei einer Tötung mit einer gewissen „Überlegung“ handelt, welche von Fall zu Fall nur unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann.<sup>17</sup> Bei *Johns* Entwurf handelte es sich jedoch nicht um einen offiziellen Reformansatz<sup>18</sup>, welcher in der weiteren Beratung auch weitgehend unbeachtet blieb.<sup>19</sup>

Der mit einer ersten Ausarbeitung eines Entwurfes beauftragte spätere Justizminister *Friedberg* legte am 31. Juli 1869 einen ersten Entwurf (Entwurf I) vor.<sup>20</sup> Dieser Entwurf, welcher das Preußische Strafgesetzbuch als Vorbild hatte,<sup>21</sup> sah weiterhin die Todesstrafe im Falle des Mordes vor.<sup>22</sup> Das Abgrenzungsmerkmal der „Überlegung“

<sup>8</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (229).

<sup>9</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 4.

<sup>10</sup> RGBl. 1871, S. 127.

<sup>11</sup> *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1983), S. 344.

<sup>12</sup> *Vormbaum/Welp*, Das Strafgesetzbuch 1870–1953, Bd. 1, 1999, S. 48.

<sup>13</sup> RGSt 42, 260 (262).

<sup>14</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 343.

<sup>15</sup> *John*, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, 1868, S. 57.

<sup>16</sup> *John*, Entwurf, S. 46 f.

<sup>17</sup> *John*, Entwurf, S. 47.

<sup>18</sup> *Linka*, Mord und Totschlag (§§ 211-213 StGB), 2008, S. 40.

<sup>19</sup> *Holtendorff*, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, S. 273.

<sup>20</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 343.

<sup>21</sup> *Rubo*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870, 1879, S. 21.

<sup>22</sup> *Linka*, Mord und Totschlag, S. 45.

wurde zwar kritisch thematisiert, im Entwurf jedoch trotzdem unverändert beibehalten.<sup>23</sup> Bei der von *Friedberg* in seinem Entwurf vorgesehenen Todesstrafe sollte es sich um eine absolute Strafandrohung handeln, was jedoch selbst von Befürwortern der Todesstrafe stark kritisiert wurde.<sup>24</sup> So erkannte u.a. *Häberlin*, dass es unzählige und vor allem schwerwiegend schuld mindernde Gründe selbst im Rahmen des Mordes gäbe, welche die absolute Androhung einer Todesstrafe unverhältnismäßig erscheinen lasse.<sup>25</sup>

Im weiteren Verlauf wurde der Entwurf *Friedbergs* einer siebenköpfigen Kommission zur Beratung vorgelegt, welche ihren Entwurf (Entwurf II) am 31. Dezember 1869 fertigstellte.<sup>26</sup> Nach mehreren Beratungen im Bundesrat wurde der Entwurf der Kommission, mit einigen Änderungen zu *Friedbergs* Entwurf, dem Reichstag am 14. Februar 1870 als Entwurf III vorgelegt.<sup>27</sup> Nach einer ersten Lesung am 22. Februar 1870 kam es in der darauffolgenden zweiten Lesung am 1. März 1870 zu einer Abstimmung über die Beibehaltung der Todesstrafe, welche jedoch entgegen *Bismarcks* Interesse im Ergebnis mit 118 zu 81 Stimmen als Rechtsfolge gestrichen wurde.<sup>28</sup> Dabei sollte es jedoch nicht bleiben. Noch vor Beginn der dritten Lesung wurde durch den damaligen Justizminister *Leonhardt* das Anliegen der Regierungen, insbesondere die Wiederaufnahme der Todesstrafe, deutlich zum Ausdruck gebracht.<sup>29</sup> Ein eingereichter Antrag *Plancks* mit dem Versuch, zumindest in den Bundesstaaten die Todesstrafe weiterhin gestrichen zu lassen, in denen dies zum damaligen Zeitpunkt schon der Fall war, wurde vom Bundesrat nicht angenommen.<sup>30</sup> Nachdem *Planck* seinen Antrag in der Beratung am 23. Mai 1870 revidierte,<sup>31</sup> wurde schlussendlich die Todesstrafe mit 127 gegen 119 Stimmen wieder als Rechtsfolge des Mordes in den Entwurf aufgenommen.<sup>32</sup>

Dieser nun entstandene Entwurf trat nach der Genehmigung des Bundesrates am 1. Januar 1871 als Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund in Kraft und wurde nach Gründung des Deutschen Reiches in Folge einer Neuredaktion am 15. Mai 1871 zu dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.<sup>33</sup>

#### b) Die Weiterentwicklung in der Weimarer Republik

Bereits noch im späten 19. Jahrhundert wurde jedoch die Reformbedürftigkeit des Reichsstrafgesetzbuches deutlich.<sup>34</sup>

Zur Vorbereitung einer Reform des Reichsstrafgesetzbuches stellte *Nieberding*, damaliger Staatssekretär des Reichsjustizamtes, 1902 ein Komitee zusammen, welches eine rechtsvergleichende Darstellung über die strafrechtlichen Materien anderer Staaten erstellen sollte.<sup>35</sup> Das Komitee schloss seine Arbeit 1909 ab.<sup>36</sup> Noch während der Erstellung dieser Darstellung entwickelte eine im Jahre 1906 zusammengestellte Kommission den „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“, welcher 1909 fertiggestellt wurde.<sup>37</sup>

Der Mordparagraf dieses Vorentwurfes lautete:

<sup>23</sup> *Schubert*, Kodifikationsgeschichte Strafrecht, Bd. 1, 1992, S. 277.

<sup>24</sup> *Linka*, Mord und Totschlag, S. 50.

<sup>25</sup> *Häberlin*, Kritische Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 69.

<sup>26</sup> *Wachenfeld*, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgange, 1890, S. 179.

<sup>27</sup> *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl. (1919), S. 61.

<sup>28</sup> *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 61.

<sup>29</sup> *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 61.

<sup>30</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 344.

<sup>31</sup> *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 61.

<sup>32</sup> *Schubert*, Kodifikationsgeschichte Strafrecht, Bd. 3, 1992, S. 463.

<sup>33</sup> *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 61 f.

<sup>34</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 394.

<sup>35</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 394 f.

<sup>36</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 395.

<sup>37</sup> *Mezger*, Strafrecht – Ein Lehrbuch, 1931, S. 43.

§ 212 E 1909: „*Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode, bei mildernden Umständen mit lebenslänglichem Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren bestraft.*“<sup>38</sup>

Das Merkmal der „Überlegung“ fand sich auch in dem Entwurf von 1909 wieder, wohingegen auf Rechtsfolgen-seite eine bedeutsame Änderung zu erkennen ist. Durch die Abschaffung der Absolutheit der Androhung der Todesstrafe und Einführung einer Zuchthausstrafe wurde vor allem die Kritik an der absoluten Strafandrohung aufgegriffen.<sup>39</sup>

Der daraufhin von *Goldschmidt, Kahl, v. Lilienthal* und *v. Liszt* entwickelte Gegenentwurf aus dem Jahre 1911 regelte den Mord wie folgt:

§ 253 E 1911: „*Wer einen anderen mit Vorbedacht tötet, wird mit dem Tode bestraft.*“<sup>40</sup>

Auf den ersten Blick scheint es so, als ob der Gegenentwurf weiterhin an einer absoluten Strafandrohung der Todesstrafe festhalten würde. Jedoch wurden in § 87 Abs. 2 Nr. 1 des Gegenentwurfs die mildernden Umstände geregelt, welche auch auf den Mord Anwendung finden sollten und somit, ebenso wie der Vorentwurf, im Falle des Vorliegens solcher Umstände zu einer Zuchthausstrafe führen sollten.<sup>41</sup>

In der Folgezeit wurde bis 1913 ein Entwurf der Strafrechtskommission erarbeitet, in dessen Rahmen verschiedene Überlegungen über die Änderung des Strafmaßes des Mordparagrafen diskutiert wurden, welche jedoch im Ergebnis keine Berücksichtigung fanden.<sup>42</sup>

Aufgrund des Ersten Weltkrieges konnte der Entwurf von 1913 zunächst nicht veröffentlicht werden und wurde erst zusammen mit einem anderen, an die Änderung der staatlichen Verhältnisse angepassten „Entwurf 1919“ im Jahre 1921 veröffentlicht.<sup>43</sup> Der Entwurf von 1919 sah, wie schon der Vorentwurf von 1909, für den Mord zwar weiterhin die Todesstrafe vor, jedoch auch hier mit der Möglichkeit, bei Vorliegen mildernder Umstände eine Zuchthausstrafe zu verhängen.<sup>44</sup> Von der Absolutheit der Todesstrafe als Sanktion wurde also auch hier Abstand genommen.

Im Jahre 1922 wurde der Regierung auf Grundlage eines österreichischen Gegenentwurfes ein Entwurf des damals amtierenden Reichsjustizministers *Gustav Radbruch* vorgelegt.<sup>45</sup> Dieser Entwurf enthielt für den Mordparagrafen folgenden Wortlaut:

§ 218 E 1922: „*Wer einen anderen tötet, wird mit lebenslangem strengen Gefängnis bestraft.*“<sup>46</sup>

Hier zeigt sich ein deutlicher Fortschritt. Zum einen wurde das Merkmal der „Überlegung“ aus dem Tatbestand des Mordparagrafen gestrichen und zum anderen auch die Todesstrafe abgeschafft, welche nach der Ansicht *Radbruchs* als einziges Relikt des früheren Sanktionensystems geblieben sei.<sup>47</sup> Außerdem ersetze *Radbruch* mit dem

<sup>38</sup> *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs 1909–1919, S. 42.

<sup>39</sup> Sachverständigen-Kommission, Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Besonderer Teil, Bd. 3, 1909, S. 640.

<sup>40</sup> *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs – Sammlung der Reformentwürfe, Bd. 1: 1909–1919, 2008, S. 108.

<sup>41</sup> *Linka*, Mord und Totschlag, S. 118.

<sup>42</sup> *Linka*, Mord und Totschlag, S. 123.

<sup>43</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 398.

<sup>44</sup> Strafrechtskommission, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 3. Teil, 1920, S. 226.

<sup>45</sup> *Schmidt*, Einführung, S. 406.

<sup>46</sup> *Vormbaum/Rentrop*, Reform des Strafgesetzbuchs – Sammlung der Reformentwürfe, Bd. 2: 1922–1939, 2008, S. 37.

<sup>47</sup> *Radbruch*, Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922) mit Bemerkung, 1952, S. 52 f.

„strengen Gefängnis“ auch die Strafe des Zuchthauses zur Förderung der Resozialisierung.<sup>48</sup>

Erst Ende 1924 befasste sich die Reichsregierung mit dem Entwurf *Radbruchs* und entwickelte hieraus mit einigen Änderungen einen neuen Entwurf, welcher im Jahre 1925 dem Reichsrat vorgelegt wurde.<sup>49</sup> Der Mordparagraf dieses Entwurfes lautete:

§ 221 E 1925: „*Wer einen anderen tötet, wird mit dem Tode bestraft.*“<sup>50</sup>

Auch in diesem Entwurf wurde die Todesstrafe beibehalten. Jedoch sollte der Mord in diesem Entwurf nur die schwersten Fälle der Tötung erfassen, nämlich die, „in denen der Täter kalten Herzens ein Menschenleben vernichtet.“<sup>51</sup> Dies folgte aus der Formulierung des Totschlagsparagrafen:

§ 222 E 1925: „*Wer sich durch Jähzorn oder entschuld bare heftige Gemütsbewegungen zur Tötung eines anderen hinreißen läßt, wird mit Zuchthaus bestraft.*“<sup>52</sup>

Falls diese hier erwähnten Milderungsgründe nicht vorlagen, wurde die Tötung als Mord eingestuft.<sup>53</sup> Doch auch an diesem Entwurf wurde starke Kritik geäußert, da durch das Verständnis, der Totschlag sei nur eine privilegierte Form des Mordes, die Todesstrafe erweitert würde.<sup>54</sup> Diese Kritik wurde im darauffolgenden Entwurf von 1927 berücksichtigt und so kehrte dieser Entwurf wieder zum Abgrenzungsmerkmale der „Überlegung“ zurück.<sup>55</sup> Formuliert wurde der Mordparagraf hierin wie folgt:

§ 245 E 1927: „*Wer einen anderen tötet und die Tat mit Überlegung ausführt, wird mit dem Tode bestraft.*“<sup>56</sup>

Die Todesstrafe wurde zwar auch hier beibehalten, jedoch war diese nicht als ausschließliche Strafe zu verstehen, da der Strafraum aufgrund von allgemeinen strafscharfenden und strafmildernden Regelungen von den Gerichten unterschiedlich festgelegt werden konnte.<sup>57</sup>

Ein weiterer Entwurf 1930 änderte den Mordparagrafen nicht mehr.<sup>58</sup> Die Reformbestrebungen kamen in der Folge durch das Ende der Weimarer Republik vorerst zum Erliegen.<sup>59</sup>

### c) Die Zeit des Nationalsozialismus

Auch in der Zeit des Nationalsozialismus gingen die Bemühungen für eine Strafrechtsreform weiter.<sup>60</sup> Im Auftrag *Hitlers* wurde 1933 eine amtliche Strafrechtskommission gebildet, um ein neues Strafgesetzbuch zu entwickeln.<sup>61</sup>

<sup>48</sup> Müller, in: Berding/Kocka/Nolte/Ullmann/Wehler, Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, 2004, S. 184.

<sup>49</sup> Schmidt, Einführung, S. 406.

<sup>50</sup> Vormbaum/Rentrop, Reform, Bd. 2: 1922–1939, S. 100.

<sup>51</sup> Gennat, Handwörterbuch, S. 190.

<sup>52</sup> Vormbaum/Rentrop, Reform, Bd. 2: 1922–1939, S. 100.

<sup>53</sup> Plüss, Der Mordparagraf, S. 125.

<sup>54</sup> Gennat, Handwörterbuch, S. 190.

<sup>55</sup> Gennat, Handwörterbuch, S. 190.

<sup>56</sup> Vormbaum/Rentrop, Reform, Bd. 2: 1922–1939, S. 170.

<sup>57</sup> Gennat, in: Elster/Lingemann, Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen Strafrechtlichen Hilfswissenschaften, 1936, S. 190.

<sup>58</sup> Plüss, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, 2018, S. 128.

<sup>59</sup> Schmidt, Einführung, S. 408.

<sup>60</sup> Plüss, Der Mordparagraf, S. 130.

<sup>61</sup> Plüss, Der Mordparagraf, S. 136.

Der erste Entwurf von 1933 hatte jedoch keine Änderung des Mordparagrafen zum Inhalt und behielt auch weiterhin das Abgrenzungsmerkmal der „Überlegung“ im Tatbestand bei.<sup>62</sup>

Insbesondere die Kritik an dem immer noch bestehenden Abgrenzungsmerkmal der „Überlegung“ wurde jedoch immer häufiger geäußert, u.a. äußerte sich *Dahm* diesbezüglich in einer Sitzung der Strafrechtskommission 1934 mit den Worten, die Abgrenzung anhand des Merkmals der „Überlegung“ sei „unvollständig, ungerecht und unklar“<sup>63</sup>. Auch *Gleispach* kritisierte insbesondere das Festhalten an dem Abgrenzungsmerkmal der „Überlegung“ und unterbreitete deshalb einen ersten Vorschlag, welcher insbesondere auf den Beweggrund des Täters und die Art der Durchführung der Tat abstellte, was der Lösung eines Schweizer Entwurfs ähnelte.<sup>64</sup>

Der Vorschlag *Gleispachs* lautete wie folgt:

*§ g (245 u. 246/1). Mord. (1) „Wer einen anderen tötet, wird mit dem Tod, mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren bestraft.*

*(2) Auf Todesstrafe ist zu erkennen, wenn die Tat aus Mordlust oder Habgier, mit besonderer Grausamkeit, heimtückisch, mit gemeingefährlichen Mitteln oder zu dem Zweck begangen wurde, ein anderes Verbrechen zu ermöglichen oder zu verbergen und ein Mensch getötet wurde.*

*(3) Todesstrafe hat ferner verwirkt, wer zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt oder fristlos in eine Heilanstalt, ein Arbeitshaus oder eine Anstalt zur Sicherungsverwahrung eingewiesen ist und sich eines Mordes schuldig macht.“<sup>65</sup>*

Zu erkennen ist, dass erstmals Mordmerkmale aufgezählt wurden, wie sie in einer ähnlichen Ausgestaltung auch heute noch im geltenden Mordparagrafen zu finden sind. Auch von der absoluten Strafandrohung der Todesstrafe wurde in dem Entwurf Abstand genommen, da neben der Todesstrafe auch Zuchthausstrafen möglich sein sollten. Daraufhin folgte ein Vorschlag *Freislers* mit folgender Formulierung:

*§ a. „Der Totschläger verwirkt sein Leben oder muß mit Zuchthaus büßen. Nur ausnahmsweise wird er mit Gefängnis bestraft.*

*(Totschläger ist derjenige, der vorsätzlich einen Menschen tötet.)*

*§ b. Der zum Tode verurteilte Totschläger ist damit zum Mörder gestempelt.*

*(Die Stempelung zum Mörder wird der Richter besonders dann vornehmen, wenn die Tötung nach Art der Ausführung, nach den Beweggründen oder dem verfolgten Zweck gemeingefährlich oder besonders verwerflich ist.)“<sup>66</sup>*

Erstmals fand sich somit in einem Entwurf der Begriff „Mörder“<sup>67</sup>, jedoch sollte nach *Freislers* Auffassung der Mord vor allem aus erzieherischen Gründen dem Volk gegenüber erwähnt werden.<sup>68</sup> Für seine Aufzählung, wann insbesondere ein Mord vorliegen soll, orientierte er sich an dem Vorschlag *Gleispachs*.<sup>69</sup> In den darauffolgenden

<sup>62</sup> *Vormbaum/Rentrop*, Reform, Bd. 2: 1922–1939, S. 314.

<sup>63</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, Bd. 2, 1. Teil, 1. Lesung, 1988, S. 514.

<sup>64</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform, S. 503.

<sup>65</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform, S. 869 f.

<sup>66</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform, S. 880.

<sup>67</sup> *Plüss*, Der Mordparagraf, S. 153.

<sup>68</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform, S. 506.

<sup>69</sup> *Regge/Schubert*, in: Schubert/Regge/Rieß/Schmid, Quellen zur Reform, S. 505 f.

Lesungen wurden die beiden Vorschläge in verschiedenen Konstellationen miteinander kombiniert.<sup>70</sup>

Der endgültige Entwurf von 1936 hatte im Ergebnis folgenden Mordparagrafen zum Inhalt:

*§ 405 E 1936: „Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.  
Mörder ist, wer  
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,  
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder  
zu dem Zweck, eine andere Straftat zu ermöglichen,  
einen Menschen tötet.  
Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“<sup>71</sup>*

Auch hier ist zu erkennen, dass von der absoluten Strafandrohung der Todesstrafe abgewichen wird und die Mordmerkmale Ähnlichkeiten mit der heutigen Formulierung aufweisen. Der Entwurf von 1936 ist jedoch in der Folge nicht komplett als deutsches Strafgesetzbuch in Kraft getreten.<sup>72</sup>

#### d) Die Reform 1941

Nach einigen Vorarbeiten ging der Prozess zur Überarbeitung des Mordparagrafen erst 1941 auf Verlangen des Reichsjustizministers *Schlegelberger* weiter.<sup>73</sup>

Als Vorbild des daraufhin am 4. September 1941 entstandenen Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs<sup>74</sup> gilt unter anderem der Entwurf von *Stooss*,<sup>75</sup> welcher den in Art. 50 seines Entwurfs<sup>76</sup> geregelten Mord anhand kasuistischer Mordmerkmale vom Totschlag abgrenzte.<sup>77</sup>

Auch in der endgültigen Fassung des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches fanden sich in § 211 die bereits von *Stooss* erwähnten Mordmerkmale:

*§ 211 a. F.: (1) „Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.  
(2) Mörder ist, wer  
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst niedrigen Beweggründen,  
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder  
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,  
einen Menschen tötet.  
(3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“<sup>78</sup>*

<sup>70</sup> *Plüss*, Der Mordparagraf, S. 160.

<sup>71</sup> *Vormbaum/Rentrop*, Reform, Bd. 2: 1922–1939, S. 423 f.

<sup>72</sup> *Plüss*, Der Mordparagraf, S. 171.

<sup>73</sup> *Plüss*, Der Mordparagraf, S. 177 ff.

<sup>74</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>75</sup> *Grau/Krug/Rietzsch*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, 2. Aufl. (1943), S. 294 f.

<sup>76</sup> *Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch: Vorentwurf mit Motiven, 1894, S. 38.

<sup>77</sup> *Müssig*, Mord und Totschlag: Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz, 2005, S. 79 f.

<sup>78</sup> *Vormbaum/Welp*, Das Strafgesetzbuch, S. 334.

Das Merkmal der „Überlegung“ wurde gestrichen, jedoch wurde weiterhin die Todesstrafe beibehalten. Doch auch in dieser Fassung wurde durch Abs. 3 von der absoluten Strafandrohung abgesehen und eine lebenslange Zuchthausstrafe aufgenommen, für Fälle, in denen die Todesstrafe nicht angemessen erschien.

#### e) Die Weiterentwicklung nach 1941

In der weiteren Entwicklung des Mordparagrafen wurden nur Veränderungen auf der Sanktionsseite vorgenommen.<sup>79</sup> Die Todesstrafe wurde im Jahre 1949 durch die Einführung des Art. 102 GG beseitigt.<sup>80</sup> Umgesetzt wurde die Regelung am 4. August 1953 durch das Dritte Strafrechtsgesetz.<sup>81</sup> Neben der Streichung der Todesstrafe und der dafür eintretenden lebenslangen Zuchthausstrafe wurde jedoch auch der Abs. 3 des Mordparagrafen gestrichen, mit der Folge, dass das Gesetz nun keine Regelung mehr zu minder schweren Fällen des Mordes enthält.<sup>82</sup> Am 25. Juni 1969 wurde schlussendlich durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts<sup>83</sup> die Zuchthausstrafe durch eine Freiheitsstrafe ersetzt, da die Zuchthausstrafe „als eine unnötige Abwertung und unangemessen nachhaltige soziale Behinderung des zu ihr Verurteilten betrachtet wurde.“<sup>84</sup>

In seiner heutigen Fassung lautet der Mordparagraf somit:

*§ 211: (1) „Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.  
(2) Mörder ist, wer  
aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,  
heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder  
um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,  
einen anderen Menschen tötet.“ (§ 211 StGB).*

Der Mord wird derzeit folglich mittels lebenslanger Freiheitsstrafe sanktioniert.

## 2. Die lebenslange Freiheitsstrafe

### a) Grundlagen der lebenslangen Freiheitsstrafe

#### aa) Was bedeutet „lebenslang“?

In Deutschland stellt die lebenslange Freiheitsstrafe derzeit die schwerste Strafe dar.<sup>85</sup> Ist unter lebenslanger Freiheitsstrafe jedoch tatsächlich eine Freiheitsstrafe bis zum Tode zu verstehen?

Gem. § 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB beträgt die Mindestverbüßungsdauer einer lebenslangen Freiheitsstrafe 15 Jahre.

<sup>79</sup> Eser, Gutachten D, S. D 33 ff.

<sup>80</sup> Linka, Mord und Totschlag, S. 196.

<sup>81</sup> RGBl. I 1953, S. 735.

<sup>82</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Bd. 7, 1. Tb., 12. Aufl. (2019), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 117.

<sup>83</sup> RGBl. I 1969, S. 645.

<sup>84</sup> Hohler, NJW 1969, 1225 (1226).

<sup>85</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, 2011, S. 9.

Wenn im Tenor jedoch die besondere Schwere der Schuld gem. § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB festgestellt wurde, kann die tatsächliche Verbüßungsdauer einer lebenslangen Freiheitsstrafe deutlich länger sein.<sup>86</sup>

Wie dem Bericht über die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ) zu entnehmen ist, lag der Mittelwert für die Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe bis zur Entlassung, betrachtet über den Zeitraum von 2002 bis 2021, bei 19,1 Jahren und der Median bei 17,1 Jahren.<sup>87</sup> Im Jahr 2021 lag der Mittelwert hierfür bei 19,8 Jahren, der Median bei 18,1 Jahren und der Anteil der Personen, die zum Entlassungszeitpunkt eine Haftdauer von 25 Jahren oder mehr hinter sich hatten, bei 15 %, während dieser Wert im Durchschnitt von 2002 bis 2021 bei 13,5 % lag.<sup>88</sup> Es ist zu sehen, dass die tatsächliche Verbüßungsdauer somit im Durchschnitt über der Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren liegt und es auch nicht gerade wenige Fälle gibt, die sogar über 25 Jahre Haftdauer aufweisen. Zu beachten ist auch, dass im Jahr 2021 für 14 Menschen der Tod den Beendigungsgrund der Haftstrafe darstellte, wobei hierunter drei Suizidfälle waren.<sup>89</sup>

Es gibt somit tatsächlich einige Fälle, in denen lebenslange Freiheitsstrafe auch wirklich eine Freiheitsstrafe bis zum Tod darstellt.

#### *bb) Lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung*

Der Großteil der Straftatbestände im StGB beinhaltet eine relative Strafandrohung, also einen weiten Strafrahmen, aus welchem eine dem konkreten Einzelfall entsprechende Strafe abzuleiten ist.<sup>90</sup> Eine absolute Strafandrohung enthält das StGB nur noch in den §§ 211, 212 Abs. 2 StGB.<sup>91</sup> In § 211 StGB führt die absolute Strafandrohung zu einem Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus, was bedeutet, dass zwingend eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird, wenn auch nur ein Mordmerkmal verwirklicht wurde.<sup>92</sup>

#### *cc) Bedeutung des § 57a StGB*

Zu beachten ist zwar, dass durch die Einführung des § 57a StGB die Erscheinung der absoluten Strafandrohung an Kraft verloren hat, da durch diesen bereits eine Strafzumessung stattfinden kann.<sup>93</sup> Jedoch ist die tatsächliche Verbüßungsdauer einer lebenslangen Freiheitsstrafe seit der Einführung des § 57a StGB nicht geringer geworden.<sup>94</sup>

Der die Strafrechtsaussetzung für lebenslange Freiheitsstrafen regelnde § 57a StGB stützt sich insbesondere auf die Grundregelung des § 57 StGB.<sup>95</sup> Für eine Strafaussetzung zur Bewährung bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe müssen somit neben der Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren auch noch andere Voraussetzungen erfüllt sein, insbesondere muss eine für den Betroffenen günstig ausfallende Prognoseentscheidung hinsichtlich seiner Gefährlichkeit für die Allgemeinheit vorliegen.<sup>96</sup>

<sup>86</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 203.

<sup>87</sup> Dessecker/Rausch, Die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 2023, S. 35.

<sup>88</sup> Dessecker/Rausch, Die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe, S. 35.

<sup>89</sup> Dessecker/Rausch, Die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe, S. 38.

<sup>90</sup> Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2012), Rn. 506 f.

<sup>91</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 68.

<sup>92</sup> Votteler, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gemäß § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB, 2014, S. 82.

<sup>93</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 30.

<sup>94</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 87.

<sup>95</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 94.

<sup>96</sup> Dessecker, in: Pollähne/Rode, Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen, 2010, S. 22 f.

## b) Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe

Jedoch ist die lebenslange Freiheitsstrafe immer häufiger Kritik ausgesetzt. Neben der Frage der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe<sup>97</sup> wird insbesondere starke Kritik an dem bestehenden Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus geäußert.<sup>98</sup>

### aa) Probleme der Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe als absolute Strafordrohung wurde bereits 1963 von Hamann angezweifelt, da er eine solche absolute Strafordrohung nur dann für möglich hielt, „wenn die betreffende Straftat in ihrer Typik sich als so eindeutig charakterisieren sollte, daß eine Differenzierung des Verschuldens und der Schwere ausgeschlossen wäre.“<sup>99</sup>

In der Folgezeit hielt auch das *LG Verden* die lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord für verfassungswidrig und legte daraufhin dem *BVerfG* die Akte zur Entscheidung vor.<sup>100</sup>

Am 21. Juni 1977 urteilte dann der *Erste Senat* des *BVerfG* über die Frage der Verfassungsmäßigkeit.<sup>101</sup> Das *BVerfG* hielt die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafordrohung zwar für verfassungsgemäß, jedoch unter der Voraussetzung, dass dem „Verurteilten grundsätzlich eine Chance verbleibt, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden.“<sup>102</sup> Des Weiteren wurde in der Entscheidung klargestellt, dass nur eine „an dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte(n) restriktive(n) Auslegung“<sup>103</sup> der Mordmerkmale „heimtückisch“ und „um eine andere Straftat zu verdecken“ nicht das Grundgesetz verletze.<sup>104</sup> Begründet wurde dies damit, dass die jeweilige Schuld des Täters und die Schwere der Tat in einem angemessenen Verhältnis zur Strafordrohung stehen müsse.<sup>105</sup>

Das *BVerfG* erkannte jedoch, dass trotz dieser restriktiven Anwendung eine lebenslange Freiheitsstrafe in den Fällen unverhältnismäßig erscheint, „denen nicht das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit der Tat anhaftet“<sup>106</sup>.

Wie genau eine solche Auslegung schlussendlich auszusehen hat, sei nach Ansicht des *BVerfG* aber die Aufgabe des *Bundesgerichtshofs*.<sup>107</sup>

### bb) Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus

Eine absolute Strafordrohung mag zwar zunächst äußerst gerecht erscheinen.<sup>108</sup> Allerdings kann dies nur der Fall sein, wenn durch die geltende Mordkasuistik die höchststrafwürdigen Tötungen abschließend und klar erfasst werden, was jedoch nicht der Realität entspricht.<sup>109</sup> Insbesondere wird versucht, der absoluten Strafordrohung als

<sup>97</sup> *LG Verden*, Vorlagebeschl. v. 5.3.1976 – 3 Ks 3/75, NJW 1976, 980 ff.

<sup>98</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 3.

<sup>99</sup> *Hamann*, in: Heinitz/Kielwein, Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie, Bd. 7, 1963, S. 40 f.

<sup>100</sup> *LG Verden*, Vorlagebeschl. v. 5.3.1976 – 3 Ks 3/75, NJW 1976, 980 ff.

<sup>101</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76.

<sup>102</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (Leitsatz Nr. 3).

<sup>103</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (Leitsatz Nr. 4).

<sup>104</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (Leitsatz Nr. 4).

<sup>105</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (193).

<sup>106</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (266).

<sup>107</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 (267).

<sup>108</sup> *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 30.

<sup>109</sup> AE-Leben, GA 2008, 193 (213).

Rechtsfolge durch Umgehungen oder Ergänzungen des Wortlauts zu entkommen.<sup>110</sup>

Das eigentliche Problem des Mordtatbestandes wird folglich in der absoluten Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe gesehen.<sup>111</sup> *Eser* bezeichnete dies auch schon als das eigentliche „Grundübel“.<sup>112</sup> Da die derzeitige Mordkasuistik teils zu eng und teils zu weit ist, kann eine solche absolute Strafandrohung nicht dem Rechtsgleichheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht werden.<sup>113</sup>

Wie in der Praxis versucht wird, dieser Problematik zu entgehen, wird im Folgenden anhand des Mordmerkmals der „Heimtücke“ näher erläutert, da dieses immer wieder für Konfusionen sorgt.<sup>114</sup>

### (1) Beispiel der „Heimtücke“

Problematisch erscheint das Mordmerkmal der „Heimtücke“ häufig bei den sog. „Haustyrannenfällen“, bei welchen in der Regel die körperlich unterlegene Ehefrau ihren zum Tatzeitpunkt schlafenden Ehemann tötet, der sie oder andere Familienmitglieder über eine längere Zeit hinweg gedemütigt und stark verletzt hat, wobei die Tötung letztlich den einzigen Ausweg für die Ehefrau darstellt.<sup>115</sup>

Die Rechtsprechung versteht unter „Heimtücke“ die zur Tötung in feindseliger Willensrichtung bewusst ausgenutzte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers, wobei die Wehrlosigkeit gerade auf der Arglosigkeit beruhen muss.<sup>116</sup> In den Haustyrannenfällen liegt nach Ansicht des *BGH* unter Berücksichtigung dieser Definition somit ein heimtückischer Mord vor.<sup>117</sup> Jedoch erscheint es insbesondere bei diesen Fällen oft fraglich, ob hier nicht schuldmindernde Umstände gegeben sind, welche die lebenslange Freiheitsstrafe deshalb als unverhältnismäßig erscheinen lassen.<sup>118</sup>

### (2) Umgehungsversuche

Dahingehend, dass die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung vor allem bei diesen Fällen nicht angewendet werden soll, besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit.<sup>119</sup> Aufgrund des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus sind dem Richter aber selbst in diesen Fällen die Hände gebunden, weshalb verschiedene Umgehungsstrategien entwickelt wurden, um in solchen Grenzfällen keine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen.<sup>120</sup>

#### (a) Lehre von der Typenkorrektur

In der Literatur wird hierfür u.a. die Lehre von der negativen Typenkorrektur vertreten, wonach trotz Vorliegen eines Mordmerkmals der Mord abgelehnt werden kann, wenn die Tat bei einer umfassenden Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung der Umstände der Tat und des Täterprofils nicht als besonders verwerflich anzusehen ist.<sup>121</sup>

<sup>110</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 3.

<sup>111</sup> *Küpper*, in: FS Kriele, 1997, S. 777 (794).

<sup>112</sup> *Eser*, Gutachten D, D 53, 61.

<sup>113</sup> *Eser*, Gutachten D, D 61.

<sup>114</sup> *Schaffstein*, in: FS Mayer, 1966, S. 419 (419).

<sup>115</sup> Vgl. *BGH*, Urt. v. 25.3.2003 – 1 StR 483/02 (*LG Hechingen*), NJW 2003, 2464.

<sup>116</sup> *BGH*, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 242/15 (*LG Kleve*), NStZ 2016, 340 (341).

<sup>117</sup> *BGH*, Beschl. v. 3.9.2015 – 3 StR 242/15 (*LG Kleve*), NStZ 2016, 340 (341).

<sup>118</sup> *BGHSt* 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (1968).

<sup>119</sup> *Winghofer*, Haustyrannenfall, S. 145.

<sup>120</sup> *Eser*, Gutachten D, D 53 f.

<sup>121</sup> *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 211 Rn. 10.

Den Mordmerkmalen wird hierbei nur eine gewisse Indizwirkung attestiert.<sup>122</sup>

Für diese Möglichkeit spricht, dass der Richter hierdurch den § 211 StGB trotz Vorliegens eines Mordmerkmals verneinen und nur eine Strafbarkeit gem. § 212 StGB annehmen kann und somit nicht zwingend die lebenslange Freiheitsstrafe verhängen muss.<sup>123</sup>

Die Vertreter der positiven Typenkorrektur verlangen dagegen, dass das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit zudem neben den Mordmerkmalen vorliegen muss, um überhaupt eine Strafbarkeit nach § 211 StGB zu verlangen.<sup>124</sup>

Dem Wortlaut nach jedoch ist dem § 211 StGB nicht zu entnehmen, dass eine besondere Verwerflichkeit der Tat erforderlich ist, weshalb die Anwendung der Typenkorrektur *contra legem* erfolgt.<sup>125</sup> Zudem ist das Merkmal der Verwerflichkeit im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG untauglich.<sup>126</sup>

Da die Auslegung der Mordmerkmale an sich schon zu vielen Unsicherheiten führt,<sup>127</sup> erscheint es unklug, den Tatbestand um ein weiteres, unbestimmtes Merkmal zu erweitern. Dies könnte zu noch höherer Rechtsunsicherheit führen.

#### (b) „Verwerflicher Vertrauensbruch“

Eine andere Möglichkeit wird darin gesucht, neben der Arg- und Wehrlosigkeit noch einen „verwerflichen Vertrauensbruch“ zur Erfüllung des Tatbestandes der Heimtücke zu fordern.<sup>128</sup> Der Täter muss hierbei das besondere Vertrauensverhältnis zum Opfer brechen, was als Handeln aus unsittlichster Überzeugung angesehen werden könne, worauf es gerade beim Mord ankomme.<sup>129</sup> Doch gerade in den Haustyrannenfällen würde dies dazu führen, dass die Tat zwingend als Mord angesehen wird, da hier meist ein Familienmitglied unter einem bestehenden Vertrauensverhältnis getötet wird.<sup>130</sup> Diese vermeintliche Umgehungsstrategie erscheint somit insbesondere für diese Haustyrannenfälle grundsätzlich untauglich.

Zudem birgt dieser Ansatz die Gefahr, dass u.a. die Fälle, bei denen der Täter aus dem Hinterhalt ein ihm nicht näher bekanntes Opfer tötet, nicht mehr als Mord eingestuft werden können, da hierbei kein verwerflicher Vertrauensbruch gegeben ist.<sup>131</sup> Dass diese Fälle nicht mehr als Mord gewertet werden können, vermag jedoch nicht zu überzeugen.

#### (c) Rechtsfolgenlösung des BGH

Die Rechtsprechung des BGH entwickelte im Jahr 1981 für die in Frage stehenden Fälle der Heimtücke die sog. „Rechtsfolgenlösung“.<sup>132</sup> Hierbei bleibt es zwar in den Fällen, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe aufgrund des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände unverhältnismäßig erscheint, bei einer Verurteilung wegen Mordes gem. § 211 StGB, jedoch wird im Rahmen der Strafzumessung der Strafraumen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB

<sup>122</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 10.

<sup>123</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 10.

<sup>124</sup> Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 236 f.

<sup>125</sup> Mitsch, JuS 1996, 121 (122).

<sup>126</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 127.

<sup>127</sup> Eser, Gutachten D, D 61.

<sup>128</sup> Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 234.

<sup>129</sup> Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, S. 234.

<sup>130</sup> Fahlbusch, Unhaltbarkeit, S. 204.

<sup>131</sup> Fahlbusch, Unhaltbarkeit, S. 205.

<sup>132</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (LG Münster), NJW 1981, 1965.

angewendet.<sup>133</sup> Der Strafrahmen liegt hiernach zwischen drei und 15 Jahren. Dieser Strafrahmen darf jedoch erst angewendet werden, wenn zuvor die gesetzlichen Schuld minderungsgründe, insbesondere die Notwehr gem. § 32 StGB und der gesetzliche Notstand gem. § 35 StGB und diesbezügliche Irrtümer, ausführlich behandelt wurden.<sup>134</sup> Der *BGH* begründet diese richterliche Rechtsschöpfung damit, die vom *BVerfG* festgestellte planwidrige Regelungslücke würde hierdurch verfassungskonform geschlossen.<sup>135</sup> Nach Ansicht des *BGH* spricht für die Rechtsfolgenlösung und insbesondere gegen die Ansätze der Literatur unter anderem, dass hierdurch keine weiteren Probleme bzgl. der Unbestimmtheit auf Tatbestandsseite entstehen und der Tatbestand der Heimtücke nicht weiter eingengt wird.<sup>136</sup>

In der Literatur wird jedoch insbesondere kritisiert, dass eine solche Änderung des Strafrahmens eine Gesetzesänderung darstelle, welche nicht von der Befugnis der Rechtsprechung gedeckt sei.<sup>137</sup> Selbst wenn man die Regelungslücke anerkennt, müsse diese auf rechtskonforme Weise gefüllt werden, wobei es Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Voraussetzungen der Strafrahmenänderungen mit in § 211 StGB aufzunehmen.<sup>138</sup> Die Rechtsfolgenlösung kann folglich nicht mehr als gesetzeskonforme richterliche Rechtsfortbildung gesehen werden.<sup>139</sup>

Problematisch erscheint zudem der Bezug auf die „außergewöhnlichen“ Umstände, da dieser Begriff ebenso die Kritik der Unbestimmtheit gegen sich gelten lassen muss, wie sie der *BGH* gegen die Lehre von der Typenkorrektur erhoben hat.<sup>140</sup> Des Weiteren könnte die Rechtsfolgenlösung in Zukunft weiterhin die Bestimmtheit des Strafrechts im Allgemeinen gefährden, da die Rechtsfolgenlösung auf weitere Tatbestände angewendet werden könne.<sup>141</sup> Zwar bezog sich die Rechtsfolgenlösung zunächst nur auf das Mordmerkmal der „Heimtücke“, jedoch wurde in der Entscheidung geäußert, dass „das verfassungsrechtliche Übermaßverbot keine Ausnahmen kennt.“<sup>142</sup> Zudem stellt der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB einen weiteren Kritikpunkt dar, da hiermit bewirkt wird, dass trotz gegebener Mordmerkmale der Strafrahmen unterhalb des geltenden Strafrahmens für den Totschlag gem. § 212 StGB liegen kann, welcher ein Minimum von fünf Jahren vorsieht.<sup>143</sup>

#### (d) Extensive Auslegung der §§ 20, 21 StGB

Darüber hinaus versucht die Rechtsprechung dem Problem über eine extensive Auslegung des § 21 StGB zu begegnen.<sup>144</sup> Der Weg über § 20 StGB, um dann die Anwendung des § 49 StGB zu rechtfertigen, wird auch als sog. „Einfallstor“ für die zeitige Freiheitsstrafe bezeichnet.<sup>145</sup> Auch dieser Lösungsansatz wird vermehrt in Haustyrannenfällen angewendet und so wird die verminderte Schuldfähigkeit in der Praxis bei zwei von drei misshandelten Frauen angenommen.<sup>146</sup> Jedoch wird dieser Ansatz als diskriminierend eingestuft, da dem Opfer eine verminderte Schuldfähigkeit attestiert wird, indem es unter die in § 20, 21 StGB aufgezählten, die Einsichtsfähigkeit mindern den Gründe subsumiert werden muss.<sup>147</sup>

<sup>133</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (Leitsatz).

<sup>134</sup> *BGH*, Beschl. v. 2.8.1983 – 5 StR 503/83 (*SchwurGer. Oldenburg*), NSTZ 1984, 20 (21).

<sup>135</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (1968).

<sup>136</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (1968).

<sup>137</sup> *Bruns*, JR 1981, 358 (362).

<sup>138</sup> *Bruns*, JR 1981, 358 (362).

<sup>139</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 199.

<sup>140</sup> *Lackner*, NSTZ 1981, 348 (349).

<sup>141</sup> *Fahlbusch*, Unhaltbarkeit, S. 199.

<sup>142</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (1968).

<sup>143</sup> *Küper*, JuS 2000, 740 (743).

<sup>144</sup> *Grünwald*, JA 2012, 401 (402).

<sup>145</sup> *Baltzer*, StV 1989, 42 (43).

<sup>146</sup> *Oberlies*, in: Nelles/Lübbe-Wolff/Köbl, *Frauen im Recht!*, 1995, S. 124.

<sup>147</sup> *Oberlies*, in: Nelles/Lübbe-Wolff/Köbl, *Frauen im Recht!*, S. 48.

### (3) Zwischenfazit

Zwar führen alle Lösungen im Ergebnis dazu, dass die lebenslange Freiheitsstrafe in den Fällen, in denen diese unverhältnismäßig erscheint, nicht angewendet wird. Jedoch sind alle Umgehungsstrategien starker Kritik ausgesetzt, weshalb ihre Anwendung durchwegs fraglich bleiben wird. Zudem sollten meiner Ansicht nach bei einem das höchste Rechtsgut Leben schützenden Paragraphen keine Umgehungsstrategien verwendet werden müssen, um im Einzelfall zu einer gerechten Lösung zu kommen. Es sollte sich bereits aus dem Gesetz heraus eine Lösung ergeben, welche zu einer verbesserten Einzelfallgerechtigkeit führen würde.

### 3. Diskutierte Lösungsansätze für eine Reform

Solche Umgehungsstrategien in Zukunft vermeiden zu wollen, hatte auch die Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte zum Ziel und merkte hierzu an, dass dieses Problem nur gelöst werden könne, indem man die Rechtsfolgenseite des Mordparagraphen umgestaltet.<sup>148</sup> Denn wie bereits die unbenannten minder und besonders schweren Fälle zeigen, erfordert die Rechtsfolgenseite weniger bestimmte Voraussetzungen, als es auf Seiten des Tatbestands erforderlich ist.<sup>149</sup>

#### a) Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe

Insoweit noch jemand für die Beibehaltung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe stimmt, muss beachtet werden, dass selbst diese Vorschläge Regelungen enthalten, mit denen im Einzelfall eine mildere Bestrafung möglich sein soll.<sup>150</sup>

So stimmte *Mitsch* zwar für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe, erkannte aber, dass eine flexiblere Ausgestaltung der Rechtsfolgenseite nötig sei, wobei er hierbei auf die Grundidee der Rechtsfolgenlösung aufmerksam machte, minder schwere Fälle des Mordes auf Rechtsfolgenseite zu berücksichtigen.<sup>151</sup> Seiner Ansicht nach sollte somit ein dritter Absatz in § 211 StGB eingefügt werden, der für minder schwere Fälle des Mordes einen Strafraum nicht unter fünf Jahren vorsieht.<sup>152</sup>

#### b) Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe und Einführung einer zeitigen Freiheitsstrafe

Eine Möglichkeit besteht in der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe und deren Ersetzung durch eine zeitige Freiheitsstrafe. Der folgende Auszug verschiedener Reformansätze soll einen Überblick über die unterschiedlichen zeitigen Strafräume geben.

Bereits 1999 sprach sich *Weber* umfangreich für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus und forderte einen zeitigen Strafraum von mindestens fünf Jahren für die vorsätzliche Tötung und bei Vorliegen der besonderen Schwere der Tatschuld nicht unter elf Jahren.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> *Deckers/Grünwald/König/Safferling*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 92.

<sup>149</sup> *Rengier*, NSZ 1982, 225 (226).

<sup>150</sup> *Kinzig*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 533.

<sup>151</sup> *Mitsch*, JZ 2008, 336 (340).

<sup>152</sup> *Mitsch*, JZ 2008, 336 (340).

<sup>153</sup> *Weber*, Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1999, S. 427 f.

Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe stand auch in der näheren Vergangenheit häufiger zur Diskussion, u.a. bezeichnet *Köhne* die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe als seit langem notwendig.<sup>154</sup> Nach seinem Vorschlag soll in einem einzigen Tötungstatbestand eine zeitige Freiheitsstrafe die Rechtsfolge darstellen.<sup>155</sup>

Auch *Sotelsek* sieht in seinem Reformvorschlag nur eine zeitige Freiheitsstrafe vor, wobei diese 15 bis 25 Jahre betragen soll.<sup>156</sup>

*Walter* legte in § 38 seines Vorschlags das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe auf 30 Jahre fest und verlangt für den Mord eine Freiheitsstrafe nicht unter 15 Jahren, sofern kein minder schwerer Fall gegeben ist.<sup>157</sup>

Die genannten Vorschläge, eine zeitige Freiheitsstrafe für den Mord festzulegen, sind jedoch in der Hinsicht bedenklich, als dass Strafraumen von bis zu 30 Jahren vorgesehen werden.<sup>158</sup> Dies würde sogar einen Anstieg der Haftdauer im Vergleich zur derzeitigen Durchschnittshaftdauer bei lebenslanger Freiheitsstrafe darstellen.

Des Weiteren ist die gesellschaftliche Akzeptanz der lebenslangen Freiheitsstrafe sehr hoch.<sup>159</sup> Auch das *BVerfG* hat die lebenslange Freiheitsstrafe in seiner Entscheidung über deren Verfassungsmäßigkeit als besonders für generalpräventive Zwecke geeignet bezeichnet.<sup>160</sup> Insbesondere wird durch diese Strafe die Hemmung in der Bevölkerung erhöht, vorsätzlich zu töten, da diese hohe Strafandrohung das Bewusstsein der Bevölkerung dahingehend stärkt, dass das Rechtsgut des menschlichen Lebens unersetzlich ist.<sup>161</sup>

Meiner Ansicht nach ist eine Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, insbesondere aus diesen gesellschaftlichen Aspekten, abzulehnen.

### c) Möglichkeit der zeitigen Freiheitsstrafe neben lebenslanger Freiheitsstrafe

Die Expertengruppe sprach sich zwar für die generelle Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe für die höchststrafwürdige Tötung aus.<sup>162</sup> Sie forderte aber die Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnisses, insbesondere um hierdurch den Umgehungsstrategien der Rechtsprechung entgegenzuwirken.<sup>163</sup> Im Folgenden werden daher Lösungsansätze näher beleuchtet, wie die Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus umgesetzt werden könnte.

#### aa) Fakultative Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe

Zum einen wird vorgeschlagen, die lebenslange Freiheitsstrafe in der Form beizubehalten, dass sie als Option neben einer zeitigen Freiheitsstrafe besteht.<sup>164</sup> Auf Rechtsfolgenseite könnte dann folgende Formulierung zu finden sein:

<sup>154</sup> *Köhne*, ZRP 2014, 21 (24).

<sup>155</sup> *Köhne*, ZRP 2014, 21 (24).

<sup>156</sup> *Sotelsek*, Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungsdelikten, 2012, S. 580.

<sup>157</sup> *Walter*, NStZ 2014, 368 (374).

<sup>158</sup> *Walter*, NStZ 2014, 368 (374).

<sup>159</sup> *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 337.

<sup>160</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 (256 f.).

<sup>161</sup> BVerfGE 45, 187, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 (256 f.).

<sup>162</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 54.

<sup>163</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 55.

<sup>164</sup> *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 31.

„... wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter fünf (zehn) Jahren bestraft.“<sup>165</sup>

Hierdurch würde das Problem der Umgehungsstrategien beseitigt und der Richter könnte allein das Gesetz anwenden.<sup>166</sup>

Anzumerken ist jedoch, dass der lebenslangen Freiheitsstrafe damit in Zukunft nur noch ein „historischer Charakter zukommen könnte“<sup>167</sup>, wenn man beachtet, dass sich die verhängten Strafen in der Vergangenheit im unteren Drittel der Strafraumen bewegten, von der oberen Grenze des Strafraumens in der Regel also kaum Gebrauch gemacht wurde.<sup>168</sup> Wenn dem Richter somit neben der lebenslangen Freiheitsstrafe optional eine zeitige Freiheitsstrafe als alternative Strafe angeboten wird, könnte in Zukunft kaum noch eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt werden, falls sich die Richter bei der Verhängung der Höchststrafe weiterhin zurückhalten.

Einen weiteren Kritikpunkt stellt die Gefahr dar, dass verschiedene Gerichte aufgrund des erweiterten Strafraumens deutlich voneinander abweichende Sanktionen verhängen, was insbesondere in Bezug auf Gleichheits- und Präventionsgesichtspunkte problematisch werden könnte.<sup>169</sup>

Zudem muss beachtet werden, dass die Mordmerkmale derzeit nur deswegen restriktiv ausgelegt werden, weil die lebenslange Freiheitsstrafe als absolute Strafandrohung angedroht ist.<sup>170</sup> Hierzu merkte bereits *Gross* an, dass diese restriktive Auslegung wegfallen könnte, wenn die absolute Strafandrohung wegfallen würde.<sup>171</sup> Falls man diesen Ansatz somit in Betracht ziehen sollte, müsste weiterhin eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale angestrebt werden.<sup>172</sup>

#### *bb) Strafmilderungslösung*

Des Weiteren könnte man das Exklusivitäts-Absolutheits-Verhältnis aufheben, indem der Strafraumen durch die Aufnahme einer Strafmilderungsregelung für minder schwere Fälle des Mordes nach unten hin flexibler gestaltet wird.<sup>173</sup>

Ein Beispiel hierfür wurde von der Expertengruppe wie folgt formuliert:

„In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.“<sup>174</sup>

Eine solche Lösung ist dem deutschen StGB nicht fremd, so fand sich bereits in § 211 des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs von 1941 ein Absatz 3, welcher für Ausnahmefälle, bei denen die Todesstrafe nicht angemessen erschien, eine lebenslange Zuchthausstrafe androhte.<sup>175</sup> Die Streichung dieses Absatzes wird in der Literatur als Gesetzgebungsfehler beschrieben, durch welchen unbeabsichtigt eine Regelungslücke entstanden ist.<sup>176</sup>

<sup>165</sup> Reinhard, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 720.

<sup>166</sup> Rolinski, in: FS Schwind, 2006, S. 635 (S. 649).

<sup>167</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 31.

<sup>168</sup> Götting, Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis, 1997, S. 224 f.

<sup>169</sup> Reinhard, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 724 f.

<sup>170</sup> Sotelsek, Quantifizierung, S. 179.

<sup>171</sup> Gross, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Bd. 2 (Sitzungsberichte), 1980, S. M 104.

<sup>172</sup> Rengier, ZStW 1980, 459 (475 f.).

<sup>173</sup> Reinhard, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 720.

<sup>174</sup> Mitsch, JZ 2008, 336 (340).

<sup>175</sup> Vormbaum/Welp, Das Strafgesetzbuch, S. 334.

<sup>176</sup> Rissing-van Saan/Zimmermann, in: LK-StGB, § 211 Rn. 185.

Minder schwere Fälle sind generell anzunehmen, wenn „das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle in einem so erheblichen Maß abweicht, dass die Anwendung des milderen Strafrahmens geboten erscheint.“<sup>177</sup> Hierfür sind alle Umstände in Erwägung zu ziehen, die für die Beurteilung des Täters oder der Tat in Frage kommen, unerheblich dessen, „ob sie der Tat selbst innewohnen und sie begleiten oder ihr vorausgehen oder nachfolgen.“<sup>178</sup>

Für die Rechtsanwendung ist eine solche Strafmilderungslösung ohne Regelbeispiele jedoch in der Weise problematisch, als sie nur eine „kaum getarnte Strafrahmenerweiterung“<sup>179</sup> darstellt und folglich im richterlichen Ermessen eine Strafhöhe festgelegt wird.<sup>180</sup>

Um eine gewisse Eingrenzung der Verwendung des Begriffes des minder schweren Falls zu gewährleisten, müssten diesem starre Konturen auferlegt werden.<sup>181</sup>

Anstatt sich auf minder schwere Fälle zu beziehen, könnte für eine Strafmilderungslösung auch auf das Vorliegen erheblich geminderter Schuld aufgrund außergewöhnlicher Umstände abgestellt werden.<sup>182</sup> Auch *Kett-Straub* spricht sich hierfür vor dem Hintergrund aus, „ein minder schwerer Fall eines Mordes [...] [wäre] der Öffentlichkeit nicht vermittelbar.“<sup>183</sup>

Unter anderem wurde von der Expertengruppe die folgende Formulierung für eine solche Regelung diskutiert:

*„Liegen außergewöhnliche Umstände vor, aufgrund derer die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe wegen erheblich geminderter Schuld des Täters unverhältnismäßig wäre, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf (drei) Jahren zu erkennen.“*<sup>184</sup>

Die Formulierung orientiert sich an der des *BGH* zur Rechtsfolgenlösung.<sup>185</sup> So würde man durch eine gesetzliche Regelung den eigentlichen Grundgedanken der Umgehungsstrategie aufnehmen.

Doch hierin ist auch gleich die Kritik einer solchen Strafmilderungslösung zu sehen. Denn wie bereits erwähnt, wird die Formulierung der „außergewöhnlichen Umstände“ als zu unbestimmt angesehen.<sup>186</sup> Auch der *BGH* gab in seiner Entscheidung zur Rechtsfolgenlösung zu, dass eine abschließende Aufzählung der „außergewöhnlichen Umstände“ nicht möglich sei.<sup>187</sup> Nach Ansicht von *Bruns* führt die Verwendung dieses Kriteriums im Ergebnis zu einer weit über die durch Tatbestandsdivergenzen bereits bestehenden inakzeptablen Rechtsunsicherheiten hinaus.<sup>188</sup>

Des Weiteren ist fraglich, ob in das StGB wieder eine Regelung aufgenommen werden sollte, die von mildernden „Umständen“ ausgeht, da der Gesetzgeber 1975 die Regelungen, welche noch von „mildernden Umständen“ sprachen, durch die Formulierung „minder schwere Fälle“ ersetzte.<sup>189</sup>

<sup>177</sup> *BGH*, Urt. v. 13.2.2003 – 3 StR 349/02 (*LG Hannover*), NJW 2003, 1679.

<sup>178</sup> BGHSt 4, 8 (10), Urt. v. 30.01.1953 – 2 StR 538/52 (*LG Kaiserslautern*), NJW 1953, 635 (635 f.).

<sup>179</sup> *Zipf/Dölling*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT – Teilband 2, 2014, S. 758.

<sup>180</sup> *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 511.

<sup>181</sup> *Zipf*, JR 1976, 24 (25).

<sup>182</sup> *Reinhard*, in: Expertenkommission, Abschlussbericht, S. 730.

<sup>183</sup> *Kett-Straub*, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 31.

<sup>184</sup> *Reinhard*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 730.

<sup>185</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965.

<sup>186</sup> *Lackner*, NStZ 1981, 348 (349).

<sup>187</sup> BGHSt 30, 105, Beschl. v. 19.5.1981 – GSSt 1/81 (*LG Münster*), NJW 1981, 1965 (1968).

<sup>188</sup> *Bruns*, JR 1981, 358 (360).

<sup>189</sup> BT-Drs. 7/1261, S. 4.

cc) Regelbeispiellösung für besonders schwere Fälle

Als weitere Möglichkeit wird die Ausgestaltung mittels Regelbeispielen für besonders schwere Fälle vorgeschlagen, bei welchen die lebenslange Freiheitsstrafe angedroht werden soll.<sup>190</sup>

Eine Möglichkeit, den Mordtatbestand mit Regelbeispielen auszugestalten, könnte wie folgt lauten:

*„In besonders schweren Fällen wird der Totschlag mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Ein besonders schwerer Fall (Mord) liegt in der Regel vor, wenn der Täter [...]“<sup>191</sup>.*

Demgegenüber könnte man den Regelbeispielen zusätzlich noch gewisse Leitprinzipien voranstellen:

*„Auf lebenslange Freiheitsstrafe darf nur erkannt werden, wenn besonders erhöhtes Unrecht verwirklicht wird, das die Lebenssicherheit der Allgemeinheit zu bedrohen geeignet ist. Dafür ist notwendig und in der Regel ausreichend, dass der Täter [...]“<sup>192</sup>.*

Obwohl dem Richter durch eine Regelbeispiellösung immer noch ein gewisser Entscheidungsspielraum gegeben wird, ist er in seiner Entscheidung durch die große Indizwirkung der Regelbeispiele beschränkt, welche im konkreten Fall nur durch entgegengesprechende Anhaltspunkte entkräftet werden kann.<sup>193</sup> Zudem verspricht eine solche Lösung eine höhere Einzelfallgerechtigkeit, da diese Indizwirkung der Regelbeispiele und die daraus folgende Straferhöhung im Einzelfall durch schuld- oder unrechtmildernde Umstände außer Kraft gesetzt worden sein kann.<sup>194</sup>

Doch auch gegen die Regelbeispiellösung wird Kritik bzgl. der Bestimmtheit geäußert.<sup>195</sup> Jedoch erscheint diese Kritik zum einen bei denjenigen Kritikern fragwürdig, die in ihren Gegenvorschlägen einen einzigen Tatbestand mit einem erweiterten Strafraum vorsehen.<sup>196</sup> Denn gerade diese Vorschläge erscheinen deutlich unbestimmter als eine Regelbeispiellösung, da hierbei keinerlei Anhaltspunkte vom Gesetz geliefert werden und somit die Anwendung allein im richterlichen Ermessen liegt.<sup>197</sup> Zum anderen entschied das BVerfG, dass eine Regelbeispiellösung für besonders schwere Fälle den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt, verfassungsrechtlich also nicht zu beanstanden ist.<sup>198</sup>

Des Weiteren hatte sich die Bundesregierung zwar das Ziel gesetzt, „keine neuen Strafzumessungsregeln für besonders schwere Fälle in das Strafgesetzbuch einzuführen“<sup>199</sup>, was die Expertengruppe auch als Kritikpunkt gegen die Einführung einer Regelbeispiellösung anführte.<sup>200</sup> Diese Kritik überzeugt jedoch insbesondere deshalb nicht, da mit der Einführung von § 266a Abs. 4 StGB im Jahre 2002 erneut besonders schwere Fälle anhand von der Regelbeispieltechnik eingeführt wurden.<sup>201</sup>

Zudem ist nicht erkennbar, warum die Einführung besonders schwerer Fälle mittels der Regelbeispieltechnik nicht

<sup>190</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 734 ff.

<sup>191</sup> Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582 (588).

<sup>192</sup> AE-Leben, GA 2008, 193 (200).

<sup>193</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 170.

<sup>194</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 170.

<sup>195</sup> Köhne, ZRP 2007, 165 (167).

<sup>196</sup> Köhne, ZRP 2007, 165 (167).

<sup>197</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 174.

<sup>198</sup> BVerfGE 45, 363, Beschl. v. 21.6.1977 – 2 BvR 308/77 (370 ff.).

<sup>199</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 79.

<sup>200</sup> Reinhard, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 737.

<sup>201</sup> BT-Drs. 14/8221, S. 9.

gewollt sein sollte, Qualifikationstatbestände dahingegen schon, da nach Ansicht des *BGH* die Ausgestaltung einer Norm als eigenständiger Qualifikationstatbestand oder als besonders schwerer Fall mit Regelbeispielen „keinen tiefgreifenden Wesensunterschied“ begründet.<sup>202</sup>

Die Expertengruppe kritisierte zusätzlich, dass durch die Verwendung von Regelbeispielen das Unrecht des Mordes nicht im Gesetz oder Schuldspruch erkennbar wird,<sup>203</sup> da die Tat im Tenor nicht entsprechend mit dem jeweilig verwirklichten Regelbeispiel benannt wird.<sup>204</sup> Diesem Kritikpunkt kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass der besonders schwere Fall als Mord legaldefiniert wird.<sup>205</sup> Somit würde die Bezeichnung, wie auch die der Vergewaltigung i. R. d. § 177 StGB, im Tenor erwähnt werden.<sup>206</sup>

#### d) Zwischenfazit

Betrachtet man die hier näher erläuterten Möglichkeiten, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus abzuschaffen, fällt auf, dass allen Lösungsansätzen trotzdem weiterhin große Bedenken entgegengebracht werden können. Meiner Ansicht nach erscheint jedoch der Vorschlag, den Mordparagrafen mittels Regelbeispielen für besonders schwere Fälle auszugestalten, vorzuzugswürdig. Insbesondere wird hierdurch dem Umstand Rechnung getragen, dass minder schwere Fälle des Mordes der Öffentlichkeit nicht vermittelbar wären.<sup>207</sup> Des Weiteren sind hierdurch meines Erachtens keine höheren Einbußen hinsichtlich der Rechtssicherheit zu erwarten, da weiterhin gewisse Anhaltspunkte für den Richter vorgesehen werden, wie sie auch durch die derzeitige Formulierung der Mordmerkmale gegeben sind. Zumindest bringt diese Lösung nicht ein Mehr an Rechtsunsicherheit, wie es die alleinige Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe neben der lebenslangen Freiheitsstrafe ohne Regelbeispiele zur Folge hätte.

#### 4. Eigener Vorschlag für eine Reform

Anhand der in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse über die Ausgestaltung, wie die Abschaffung des Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus bewerkstelligt werden könnte, folgt nun ein Vorschlag, der den Mord als besonders schweren Fall des Totschlags mittels einer Regelbeispiellösung regelt.

##### a) Neufassung

###### § 211 – Totschlag

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

###### § 212 – Mord

*„In besonders schweren Fällen wird der Totschlag mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. Ein besonders schwerer Fall (Mord) liegt in der Regel vor, wenn der Täter*

*1. aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier, wegen des Geschlechts, we-*

<sup>202</sup> BGHSt 26, 167, Beschl. v. 10.7.1975 – GStSt 1/75 (LG Frankfurt), NJW 1975, 2214 (2215).

<sup>203</sup> Reinhard, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 737.

<sup>204</sup> Schmitt, in: Schmitt/Köhler/Meyer-Goßner, StPO, 65. Aufl. (2022), § 260 Rn. 25.

<sup>205</sup> Kubik/Zimmermann, StV 2013, 582 (588).

<sup>206</sup> Schmitt, in: Schmitt/Köhler/Meyer-Goßner, StPO, § 260 Rn. 25.

<sup>207</sup> Kett-Straub, Die lebenslange Freiheitsstrafe, S. 31.

*gen der ethnischen oder sonstigen Herkunft, aus rassistischen Beweggründen oder sonst aus niedrigen Beweggründen*

*2. mittels eines hinterhältigen Angriffs durch Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit, unter Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen oder mit gemeingefährlichen Mitteln*

*3. um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken  
tötet, oder*

*4. mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht.“*

### **§ 213 – Minder schwerer Fall des Totschlags**

*„Wurde dem Täter oder einer ihm nahestehenden Person ohne eigenes Zutun vom Getöteten eine schwere Beleidigung, Misshandlung oder andere Rechtsverletzung zugefügt und er hierdurch unmittelbar zur Tat veranlasst, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.“*

#### *b) Begründung*

Dieser Vorschlag orientiert sich in seiner Grundstruktur an dem Aufbau von *Kubik* und *Zimmermann*.<sup>208</sup>

Der Totschlag soll in der neuen Fassung als Ausgangstatbestand fungieren.<sup>209</sup> Dass der Mord als besonders schwerer Fall nach diesem Ausgangstatbestand aufgelistet wird, entspricht der auch sonst im Besonderen Teil des StGB geltenden Deliktsreihenfolge, wie es z.B. bei §§ 242, 243 StGB der Fall ist.<sup>210</sup>

Die derzeit angedrohte Mindeststrafe für den Totschlag ist hierbei auf acht Jahre anzuheben, da im Hinblick auf das Rechtsgut „Leben“ eine Mindeststrafe von nur fünf Jahren nicht angemessen erscheint.<sup>211</sup> Des Weiteren wird nunmehr aufgenommen, dass ein „anderer“ Mensch getötet werden muss, um den Tatbestand zu erfüllen, um klarzustellen, dass der Suizid nicht erfasst wird.<sup>212</sup>

Der Mord wird mittels Regelbeispiellösung als besonders schwerer Fall des Totschlags aufgenommen und dabei als „Mord“ legaldefiniert,<sup>213</sup> damit dieser, wie bereits erwähnt, auch im Tenor erscheint.<sup>214</sup>

Die in diesem Vorschlag aufgelisteten Regelbeispiele orientieren sich an den Mordmerkmalen des derzeit geltenden § 211 Abs. 2 StGB unter Berücksichtigung der Änderungsvorschläge der Expertengruppe.<sup>215</sup> So sollten die Merkmale der Mordlust, der Befriedigung des Geschlechtstriebes und der Habgier beibehalten werden, wobei sich die Expertengruppe für eine inhaltliche Änderung des Merkmals der Mordlust ausgesprochen hat, jedoch keine Alternativformulierung hervorbringen konnte.<sup>216</sup> Die Motivgeneralklausel könne nach Ansicht der Expertengruppe zwar auch beibehalten werden, jedoch empfehle sich eine Ergänzung durch weitere normierte niedrige Beweggründe, namentlich des Geschlechts, der ethnischen oder sonstigen Herkunft und der rassistischen Beweggründe.<sup>217</sup> Zwar wurde hierzu vorgetragen, dass diese Kriterien bereits in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB aufgelistet werden,<sup>218</sup> jedoch sollten diese Kriterien meiner Ansicht nach auch im Mordparagrafen normiert werden, da hierdurch deutlich die Verachtung des Gesetzgebers gegenüber derart motivierter Taten zum Ausdruck kommt. Wie sich

<sup>208</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588).

<sup>209</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588).

<sup>210</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588).

<sup>211</sup> *Deckers/Grünwald/König/Safferling*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 734.

<sup>212</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588).

<sup>213</sup> *Kubik/Zimmermann*, StV 2013, 582 (588).

<sup>214</sup> *Schmitt*, in: *Schmitt/Köhler/Meyer-Goßner*, StPO, § 260 Rn. 25.

<sup>215</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 31 ff.

<sup>216</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 32.

<sup>217</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 36 ff.

<sup>218</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 37.

auch in der vorliegenden Arbeit gezeigt hat, bereitet insbesondere das Merkmal der Heimtücke in seiner Anwendung Schwierigkeiten. Die Expertengruppe sprach sich zwar für die grundsätzliche Beibehaltung des Merkmals aus, jedoch nur mit gewissen Änderungen.<sup>219</sup> Das Merkmal ist somit zu ersetzen durch „mittels eines hinterhältigen Angriffs durch Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“<sup>220</sup>. Das Merkmal der Grausamkeit wird entsprechend der Formulierung des Alternativ-Entwurfs Leben ersetzt durch „unter Zufügung erheblicher körperlicher oder seelischer Qualen.“<sup>221</sup> Die Merkmale der gemeingefährlichen Mittel, der Ermöglichungsabsicht und der Verdeckungsabsicht werden unverändert beibehalten. Auch die Ergebnisse der Beratungen der Expertengruppe lassen keine Notwendigkeit für eine Veränderung dieser Merkmale erkennen.<sup>222</sup> Zuletzt sollte noch die Tötung bzw. versuchte Tötung mehrerer Menschen erfasst werden „als zwingende Weiterentwicklung der Tatbegehung mittels gemeingefährlicher Mittel“<sup>223</sup>.

Der minder schwere Fall des Totschlags wird beibehalten, jedoch entspricht die Formulierung hierbei der des Vorschlags von *Deckers, Grünewald, König* und *Safferling* für den Totschlagsparagrafen.<sup>224</sup> Mit dieser sprachlichen Änderung soll insbesondere auf moralisch-sittliche Erwägungen verzichtet werden, wie sie derzeit u.a. durch § 213 1. Variante StGB in die Bewertung der Tat miteinfließen.<sup>225</sup> Stellt man hingegen allein auf rechtliche Wertungen ab und ist dem Opfer ein nicht unbeachtlicher Tatbeitrag zuzurechnen, so führt diese Mitverantwortung zu einer Minderung des Tötungsunrechts auf Seiten des Täters.<sup>226</sup>

### III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass allein die in dieser Arbeit vorrangig thematisierte Problematik der absoluten Strafandrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe zeigt, dass eine Reform der Tötungsdelikte dringend angezeigt ist. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Mordparagrafen beweist, dass bereits in der Vergangenheit versucht wurde, den Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus abzuschaffen und eine Alternative für die absolute Strafandrohung im Rahmen des Mordparagrafen zu bieten. Die derzeit verwendeten Strategien, die lebenslange Freiheitsstrafe trotz gegebener Mordmerkmale zu umgehen, überzeugen aufgrund der damit einhergehenden Problematiken bzgl. der Rechtssicherheit und Bestimmtheit nicht und es sollte, gerade wenn es um den Schutz des höchsten Rechtsguts „Leben“ geht, nicht auf solche Umgehungsstrategien ankommen, um im Einzelfall eine gerechte Lösung zu finden. Dass es jedoch schwierig ist, hierfür eine perfekte Lösung zu finden, lässt sich auch dem Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte entnehmen, da auch deren Beratungen keinen einheitlichen Lösungsvorschlag hervorgebracht haben.<sup>227</sup> Das sollte jedoch den Gesetzgeber nicht daran hindern, die Reform der Tötungsdelikte voranzutreiben und eine akzeptable Lösung zu erarbeiten, um insbesondere den Exklusivität-Absolutheits-Mechanismus zu beseitigen und hierdurch für eine höhere Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen.

*Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.*

<sup>219</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 43.

<sup>220</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 44.

<sup>221</sup> AE-Leben, GA 2008, S. 193 (S. 230).

<sup>222</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 47 ff.

<sup>223</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 51.

<sup>224</sup> *Deckers/Grünewald/König/Safferling*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 90.

<sup>225</sup> *Deckers/Grünewald/König/Safferling*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 92.

<sup>226</sup> *Deckers/Grünewald/König/Safferling*, in: Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 92 f.

<sup>227</sup> Expertengruppe, Abschlussbericht, S. 90 ff.