

**„Junges Publizieren“**

Seminararbeit von

*David Häfele*

**Historie des Mordparagraphen**

Eberhard Karls Universität Tübingen

Fachbereich Rechtswissenschaft

Gutachter: Prof. Dr. Bernd Hecker

Abgabedatum: 7.1.2026

**Inhaltsverzeichnis**

<b>I. Einleitung.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Historie des Mordparagrafen.....</b>	<b>4</b>
1. Historischer Überblick vor 1800.....	4
a) Mord im antiken römischen Recht.....	4
b) Das germanische Verständnis von Mord.....	4
c) Mittelalter .....	5
d) Frühe Neuzeit .....	5
aa) Die Peinlichen Halsgerichtsordnungen 1507 und 1532.....	6
(1) Die Bambergensis.....	6
(2) Mord in der Carolina.....	6
bb) Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 .....	7
e) Zwischenfazit .....	7
2. Das 19. Jahrhundert – Entstehung des modernen Mordtatbestands.....	7
a) Die Partikulargesetzgebung .....	8
aa) Das bayStGB von 1813.....	8
(1) Ideengeschichtlicher Ursprung des bayStGB.....	8
(2) Mord im bayStGB .....	9
bb) Das preußStGB von 1851 .....	10
(1) Entstehungsgeschichte und Unterschied zum bayStGB.....	10
(2) Mord im preußStGB.....	10
cc) Das Überlegungsmerkmal im Partikularstrafrecht des 19. Jahrhunderts .....	10
b) Das RStGB des Deutschen Kaiserreichs .....	11
aa) Mord im RStGB.....	11
(1) Zeitlicher Bezugspunkt der Überlegung.....	11
(2) Gegenständlicher Bezugspunkt der Überlegung.....	11
(a) Ansicht und Behandlung in der Rechtsprechung.....	12
(b) Das Schrifttum .....	12
(aa) „Ob“ der Tat.....	12
(bb) „Wie“ der Tat .....	13
(cc) Kumulativer Ansatz .....	13
(3) Umfang der Überlegung.....	13
bb) Zwischenfazit .....	14
3. Die Reform von 1941 .....	14
a) Ideengeschichtlicher Hintergrund.....	15
b) Mord im RStGB von 1941.....	16
aa) Tätertypenlehre.....	18
bb) Der reformierte Mordparagraph in der nationalsozialistischen Rechtsprechung .....	19
c) Zwischenfazit .....	20
4. Die Nachkriegszeit.....	21
a) Die Bundesrepublik Deutschland .....	21

<i>aa) Die Legislative der Nachkriegszeit .....</i>	<i>21</i>
<i>bb) Die Judikative der Nachkriegszeit .....</i>	<i>21</i>
<i>cc) Die Wissenschaft der Nachkriegszeit .....</i>	<i>22</i>
<i>b) Die Deutsche Demokratische Republik .....</i>	<i>23</i>
<i>c) Der Mordparagraph und die Verjährung .....</i>	<i>23</i>
<b>III. Schluss .....</b>	<b>23</b>

## I. Einleitung

Der Schutz des menschlichen Lebens gegen seine vorsätzliche Beendigung durch Dritte bildet den zentralen Kern des Strafrechts.<sup>1</sup> Die Verletzung dieses höchsten Rechtsguts ist nach Anschauung jeglicher (Rechts-) Gemeinschaft hochgradig sanktionswürdig und -pflichtig, erschüttert sie doch deren elementare Grundlage. Dennoch ist die Geschichte der Tötung so alt, wie die der Menschheit selbst. Als Ergebnis von Gewalt und Aggression begleitet sie den Menschen bereits seit den frühesten Formen zivilisierten Zusammenlebens. Das zeigt anschaulich ein Beispiel aus den Ötztaler Alpen. Dort wurde 1991 „Ötzi“ gefunden, eine Gletschermumie aus der Jung- bzw. Kupfersteinzeit. Untersuchungen des im Eis konservierten Leichnams ergaben, dass „Ötzi“ eines gewaltsamen Todes starb, wohl zwischen 3368 und 3108 v. Chr. In seiner linken Schulter wurde zehn Jahre nach seiner Bergung eine Pfeilspitze entdeckt.<sup>2</sup> Der Pfeil traf „Ötzi“ von hinten in den Rücken, er verblutete innerhalb kurzer Zeit. Es ließe sich nach heutigen Maßstäben durchaus das Mordmerkmal der Heimtücke andedenken. Der Fall „Ötzi“ zeigt, dass das Phänomen der zwischenmenschlichen Tötung das Zusammenleben von Menschen seit Anbeginn der Zeit begleitet: Gemeinschaftliches Leben erzeugt Reibung. Mit der Verdichtung menschlicher Gemeinschaften zu Zivilisationen entsteht also zwangsläufig das Bedürfnis, Gewalt zu begrenzen und so die Rechtsgüter ihrer Mitglieder allen voran deren Leben zu schützen. Das Lebensschutzstrafrecht ist demnach Ausdruck von Zivilisation, eine Zivilisierung von Konflikten. So zeigt sich das Konzept normativ verankerten Lebensschutzes schon in den ältesten bekannten Gesetzestexten, zum Beispiel dem Codex Ur-Nammu. Dieser stammt aus dem 21. Jahrhundert v. Chr. und gilt als die älteste schriftlich überlieferte Kodifikation von Rechtssätzen.<sup>3</sup> Das Volk der Sumerer<sup>4</sup> schrieb hierin schon im ersten Rechtssatz vor: „If a man commits a homicide, they shall kill that man“<sup>5</sup>. Auch der (weitaus bekanntere) Codex Hammurabi, entstanden im 18. Jahrhundert v. Chr., sanktionierte die zwischenmenschliche Tötung<sup>6</sup>. In Artikel 196 normiert er den als *lex talionis* bekannten Grundsatz „Auge um Auge“, der sich auch in der Bibel findet (zweites Buch Mose 21, 23-25). Diese Glaubensschrift missbilligt und sanktioniert ebenfalls explizit die Tötung: „Wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll durch Menschen vergossen werden“<sup>7</sup>. Diese Sprache spricht auch die alttestamentliche Erzählung von Kain und Abel (Genesis 4, 1-16), gemeinhin sicher als das Urbild des Mordes schlechthin gesehen: Gott verbannt Kain vom Angesicht der Erde als Strafe für den Mord an Abel. Schließlich schreibt das fünfte der zehn Gebote explizit vor, „Du sollst nicht töten“<sup>8</sup>.

All dies zeigt überdeutlich, dass Lebensschutz keine Schöpfung der Moderne, sondern seit Anbeginn der Zeit im Kontext menschlichen Zusammenlebens existiert. Die folgende Arbeit behandelt diese rechtshistorische Konstante bezogen auf den Mordparagrafen und hat den Anspruch, den langen Weg hin zur heutigen Fassung des § 211 StGB nachzuzeichnen.

Begonnen wird mit einem Überblick über das Verständnis von Mord vor 1800. Hier werden zunächst antike Rechtsordnungen untersucht, sodann geht der Blick ins Mittelalter, daraufhin in die Frühe Neuzeit. Der erste

<sup>1</sup> Thomas, Geschichte des Mordparagrafen, 1985, S. 1.

<sup>2</sup> Lippert/Gostner/Egarter-Vigl/Pernter, in: Germania, Bd. 85 Nr. 1 (2007), 1 (8).

<sup>3</sup> Rashkow, JBQ 50 (2022), 143; Krey, About Death Penalty, Reflections on Legal History – From the Code of Hamurabi to Sumerian Precursors up to Germanic Law, the Roman Empire and the Middle Ages, 2019, Rn. 2.

<sup>4</sup> Volk, das im dritten Jahrtausend v. Chr. im südlichen Mesopotamien lebte.

<sup>5</sup> Übersetzung nach Roth, Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Volume 6 (1995), S.17.

<sup>6</sup> Krey, Rn.1.

<sup>7</sup> Altes Testament Genesis 9, 6.

<sup>8</sup> Altes Testament Exodus 20, 13.

Schwerpunkt der Arbeit soll auf dem 19. Jahrhundert liegen. Nach einer selektiven Übersicht über die Partikulargesetzgebung wird das Reichsstrafgesetzbuch von 1872<sup>9</sup> näher betrachtet. Einen weiteren Schwerpunkt bildet sodann die Reform der Mordregelung im Jahr 1941. Den Schluss bildet eine Betrachtung der Nachkriegszeit.

## II. Historie des Mordparagraphen

Tief sitzt in der Bevölkerung die Vorstellung, dass Mord die vorsätzliche, mit Überlegung verübte Tötung sei: Mord sei Tötung mit, Totschlag die ohne einen vorgefassten Willen.<sup>10</sup> Diese juristische nicht ganz zutreffende und eher populärwissenschaftliche Einordnung kommt dennoch nicht von ungefähr, wie die nachfolgenden Ausführungen darlegen werden.

### 1. Historischer Überblick vor 1800

Als erstes soll auf die Situation vor 1800 geblickt werden. Dieser Zeitraum umfasst sowohl das antike römische Recht als auch das germanische Verständnis der Behandlung vorsätzlicher Tötungen, ebenfalls den mittelalterlichen Rechtsrahmens und den der Frühen Neuzeit.

#### a) Mord im antiken römischen Recht

Bereits im römischen Recht der Kaiserzeit war man sich neben der grundsätzlichen Sanktionsbedürftigkeit der Tötung auch darüber einig, dass nicht jede Tötung gleich zu handhaben ist, es vielmehr einer Differenzierung bedarf.<sup>11</sup> Anknüpfungspunkt für die Geschichte des Mordparagraphen ist hier die 82 v. Chr. unter *Sulla* entstandene *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*.<sup>12</sup> Schon der Titel zeigt ihre Bedeutung in der Geschichte der Mordvorschrift, geht es doch ausdrücklich um die Bestrafung von Gewalt-, bzw. Giftmorden.<sup>13</sup> Die *Lex Cornelia* galt während der gesamten Kaiserzeit, war allerdings mehrfach erheblichen Modifikationen unterworfen, so bspw. unter *Kaiser Hadrian* (117–138 n. Chr.): Nun unterschied die Kodifikation zwischen Mord und Totschlag anhand der Merkmale *propositum* und *impetus*, das subjektiv-psychologische Kriterium des Vorbedachts (*propositum*) als Tatbestandsmerkmal des Mordes fand Einzug in das Strafrecht. Für die Qualifikation einer Tötung als Mord war ein überlegtes, vorbedachtes Handeln nötig.<sup>14</sup> Ein bloß vorsätzliches Töten genügte nicht.<sup>15</sup> Ganz nach Markian („*delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu*“<sup>16</sup>) wurde also zwischen Mord und Totschlag anhand der (Nicht-) Existenz von Überlegung unterschieden.<sup>17</sup>

#### b) Das germanische Verständnis von Mord

Anders die germanischen Volksrechte, die *Leges barbarorum*, die während des Frankenreichs (ca. 500-800

<sup>9</sup> Im Folgenden nur noch RStGB.

<sup>10</sup> Rothaus, NStZ 2005, 482 (485).

<sup>11</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, 11. Aufl. (2019), § 2 Rn.2.

<sup>12</sup> Im weiteren Verlauf in gekürzter Form als *Lex Cornelia* bezeichnet.

<sup>13</sup> Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S.629, 635; Thomas, S.10.

<sup>14</sup> Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S.13; Müssig, Mord und Totschlag, 2005, S. 9.

<sup>15</sup> Rein, Das Kriminalrecht der Römer – von Romulus bis auf Justinian, 1962, S. 402.

<sup>16</sup> „Man verbricht etwas entweder planvoll oder im Affekt oder aus Versehen“, Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter, 7. Aufl. (2007), S. 63.

<sup>17</sup> So auch in Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 2 Rn. 2 auf den Punkt gebracht.

n. Chr.) entstanden. Diese sahen die Tötung „im Zornmuth, ohne anderweitig böslliche Absicht, und ohne Verletzung eines besonderen Friedens, mit ehrlichen Waffen“<sup>18</sup> als Totschlag an. Diese Definition wirkt beinahe wie die Beschreibung einer sozial (noch) verträglichen Tötung. Das impliziert die Existenz gravierenderer Fälle, die sich anhand der Totschlagsdefinition negativ abgrenzen lassen. Wenn Totschlag die „ehrliche“, offene Tötung ist, muss Mord die durch Unehrllichkeit, Verdeckung und Heimlichkeit qualifizierte Tat sein. Unter dem Sammelbegriff „Neidingswerk“<sup>19</sup>, der höchst verwerfliche und schmählliche Handlungen bezeichnet, wurden diese qualifizierten Tötungen zusammengefasst.<sup>20</sup> Die germanischen Volksrechte stellten also dem Totschlag als an der Sozialadäquanz zumindest orientierte Form der Tötung den Mord als „[höheren] Totschlag“<sup>21</sup> gegenüber. Der germanische Ansatz wurzelte in einer kasuistischen, an Verwerflichkeitsgesichtspunkten orientierten Betrachtung der Tat.

### c) Mittelalter

Als Weiterentwicklung des germanischen Ansatzes galt auch im Mittelalter die offene, „ehrliche“ Tötung als Totschlag, dagegen die verdeckte, heimliche als Mord.<sup>22</sup> Die geographische Beschaffenheit des Reichs als „Flickenteppich“<sup>23</sup> bedingte eine zweispurige Entwicklung der (Straf-) Gesetzgebung, einmal auf Reichs-, und einmal auf Ebene der Partikularstaaten.<sup>24</sup> Den Werken der Reichsgesetzgebung, den sog. (Reichs-) Landfrieden, gingen die kirchlichen Gottesfrieden voraus, aus denen sich die Landfrieden langsam entwickelten.<sup>25</sup> Primär richteten sich diese Regelungen gegen das zu der Zeit stark ausgeprägte Fehdewesen: Der öffentlichen Gewalt dieser Zeit fehlte es oftmals an Macht, dafür zu sorgen, dass den von Unrecht Betroffenen Recht zuteilwurde.<sup>26</sup> Das Opfer war oftmals gezwungen, auf Selbstjustiz zurückzugreifen, die so angestoßene Spirale der Gewalt unterminierte die Entstehung und Sicherung eines (dauerhaften) Friedens.<sup>27</sup> Dieses Problem versuchten die Landfrieden zu lösen. Andererseits waren „die Landfrieden auch die Schöpfer des „peinlichen“ Strafrechts“<sup>28</sup>. In ihnen enthalten waren individuelle Strafandrohungen bzgl. bestimmter Verbrechen. So rückten bspw. Mord und Totschlag in den durch die Landfrieden geschaffenen Anwendungsbereich des peinlichen Strafrechts.<sup>29</sup> Damit enthielten die Landfrieden auch die Idee der „Etablierung eines universalistischen Strafrechts“<sup>30</sup>. Lebte noch im Mittelalter der germanische Denkansatz fort und bestimmte die juristische Einordnung des Mordes, beginnt nun mit der Frühen Neuzeit die Blütezeit der Rezeption des römischen Rechts im deutschen Raum.

### d) Frühe Neuzeit

Die Epoche der Frühen Neuzeit bezeichnet den ca. 300 Jahre überspannenden Abschnitt von 1500 bis zum Ende

<sup>18</sup> Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts, Erster Band – Das Strafrecht der Germanen, 1842, S. 686; so auch Allfeld, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina – Ein rechtsgeschichtlicher Versuch, 1877, S. 42.

<sup>19</sup> Von Amira, Die germanischen Todesstrafen – Untersuchungen zur Rechts- und Religionsgeschichte, 1922, S. 55; Thomas, S. 31.

<sup>20</sup> Zum Begriff des „Neidingswerks“ speziell in diesem Kontext: Almquist, in: Hoops, Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, 2. Aufl. (2002), Bd., 21, S.142; Übersicht über seine einzelnen Ausprägungen bei Thomas, S. 30f., 33 ff.

<sup>21</sup> Thomas, S. 30.

<sup>22</sup> Blei, Strafrecht II – Besonderer Teil, 12. Aufl. (1983), S. 7 f; Müssig, S.18.

<sup>23</sup> Viele unabhängige Kleinstaaten bilden das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, Kuhli, Geschichte des Strafrechts – Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, 2025, Rn.20.

<sup>24</sup> Eine Betrachtung Letzterer würde platztechnisch den Rahmen sprengen, überblicksartig orientierte sich die mittelalterliche Normsetzung bzgl. der Tötungsdelikte an der Konzeption des germanischen Rechts.

<sup>25</sup> Plastische Darstellung der Entwicklung der Land- aus den Gottesfrieden bei Schild, alte Gerichtsbarkeit – vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung, 1980, S. 16.

<sup>26</sup> Allfeld, S. 62; so auch Schild, S. 16.

<sup>27</sup> Allfeld, S. 62.

<sup>28</sup> Schild, S. 16; „peinlich“ meint hier Strafen an Leib und Leben, von lat. poena (Strafe), siehe Willoweit/Schlinker/Schwarz, Deutsche Verfassungsgeschichte – vom Frankenreich bis zur Europäischen Union, 9. Aufl. (2024), § 17 Rn. 6.

<sup>29</sup> Müssig, S. 19; Thomas, S. 33.

<sup>30</sup> Thomas, S. 65; v. Hippel, Deutsches Strafrecht – Allgemeines Grundlagen, 1925, S. 124.

des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation 1806.<sup>31</sup> Die Relevanz der Rezeption des römischen Rechts zeigt sich hier besonders, auch wegen des Selbstverständnisses des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation als Erbe des antiken Römischen Reiches.<sup>32</sup>

#### aa) Die Peinlichen Halsgerichtsordnungen 1507 und 1532

Diese Rezeption manifestierte sich schließlich in zwei Gesetzeswerken, der *Constitutio Criminalis Bambergensis* aus dem Jahre 1507 und, an deren Gedankengut anknüpfend, in der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532, von denen besonders letztere von epochaler Bedeutung für die Tötungsdelikte war.<sup>33</sup>

##### (1) Die Bambergensis

Die 1507 für das Bistum Bamberg erlassene *Bambergensis* gilt zurecht als Mutter der *Carolina*.<sup>34</sup> Sie stammt (wohl) primär aus der Feder *Johann von Schwarzenbergs*, der in ihr deutschrechtliche mit römischrechtlichen Ansätzen verschmolz.<sup>35</sup> Von *Schwarzenberg* gelang es mit der *Bambergensis*, das Recht für das gemeine Volk verständlich darzustellen, ohne an juristischer Präzision einzubüßen.<sup>36</sup> Dieser Balanceakt machte das Recht für die breite Masse der Bevölkerung zugänglich, was für neuartige Akzeptanz und Transparenz sorgte und so das neu geschaffene Recht populär machte. Als Katalysator dieser Popularität wirkte zudem der zu der Zeit neuartige Buchdruck, der die Verbreitung des Werkes verstärkte und beschleunigte.<sup>37</sup>

##### (2) Mord in der Carolina

Die Tötungsdelikte behandelt die *Carolina* äußerst umfassend.<sup>38</sup> Der Grund, weshalb sie wegweisend in der Geschichte des Mordparagraphs ist, beruht darauf, dass sie mit dem bis dato vorherrschenden Konzept des Mittelalters brach und sich zum römisch-rechtlichen Psychologismus hinwandte. Sie ist damit ein paradebeispielartiges Produkt des Rezeptionsvorgangs, in dem dieser seinen „sichtbaren Niederschlag fand“<sup>39</sup>. Besonders zeigte sich dies in Artikel 130, der explizit vom Giftmord sprach, was eine deutliche Anlehnung an die römische Antike und eine Rückbesinnung auf die *Lex Cornelia* darstellt. Relevanter noch ist aber Artikel 137, er unterschied zwischen dem „fürsetzlichen mutwilligen mörder“ und dem „todtschläger [...] auß gescheyt vnd zorn“<sup>40</sup>. Bezeichnend ist, dass nur bzgl. des Mordes der Begriff des „Fürsetzlichen“ fiel. Dies übernahm die *Carolina* von der *Bambergensis*. Ähnlich wie im antiken römischen Recht das *propositum* meinte auch „fürsetzlich“ etwas anderes als den Tötungsvorsatz, ein „Mehr“, das zum bloßen Tötungsvorsatz hinzutreten muss.<sup>41</sup> Die genaue Einordnung dieses „Mehr“

<sup>31</sup> Gmür/Roth, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 16. Aufl. (2024), Rn. 228.

<sup>32</sup> Wania, strafR Lebensschutz, 97 (99); Müssig, S. 23 (Fn. 100).

<sup>33</sup> Schmidt, ZRG GA 1933, 1 (1 f.); Müssig, S. 24.

<sup>34</sup> „Mater Carolinae“, so Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 6. Aufl. (2017), S. 393; Gmür/Roth, Rn. 327.

<sup>35</sup> Gergen, JA 2010, 575 (576).

<sup>36</sup> Schmidt, ZRG GA 1933, 1 (4); v. Hippel, S. 171.

<sup>37</sup> v. Hippel, S. 172 (Fn. 2); Schmidt, ZRG GA 1933, 1 (4).

<sup>38</sup> Artikel 130-156 befassen sich mit der Tötung, Bechtel, ZJS 2018, 20.

<sup>39</sup> Simson/Geerds, S. 13; ähnlich Müssig, S. 24; Schmidt, ZRG GA 1933, 1 (5).

<sup>40</sup> Wortlaut nach der Transkription von proLIBRIS.at, CCC, cxxxvij; Müssig, 24 (Fn. 109).

<sup>41</sup> Als Begründung wird aufgeführt, dass die *Carolina* für die Beschreibung des einfachen Vorsatzes andere Begrifflichkeiten verwendet. Aus der Kombination von „fürsetzlich“ und dem den Vorsatz beschreibenden Begriff folgt, dass „fürsetzlich“ gerade nicht nur Vorsatz beschreibt, anschaulich Güterbock, Die Entstehungsgeschichte der *Carolina* auf Grund archivalischer Forschung und neu aufgefundener Entwürfe, 1876, S. 234 f.

bringt ein Rückgriff auf die *Bambergensis*: Artikel 250 *Bambergensis* regelte, dass bei bestimmten Verbrechen bzgl. der Kosten die Gemeindemitglieder gemeinsam haften, bspw. bei „[fürgesetzter] mörderey, die mit boßhafftiger vorbetrachtung und verwartung geschicht“<sup>42</sup>. Die „Vorbetrachtung“ entspricht der Überlegung, hierin hob sich der Mord vom Totschlag ab.<sup>43</sup> Durch die Carolina wurde so reichsweit das Prämeditationsmodell etabliert, sie fragte danach, ob der Täter die Tat überlegt beging (Mord), oder ob er sich im Affekt hinreißen ließ (Totschlag). Diese Unterscheidung hatte freilich wenig Bedeutung für das Strafmaß. Sowohl den Mörder als auch den Totschläger erwartete die Todesstrafe. Jedoch wurde der Mord mit dem Rädern bestraft, einer ehrenlosen Form der Hinrichtung, der Totschlag war „nur“ mit der Schwertstrafe bedacht. Es korrespondierten der „Ehrgehalt“ der Tat mit der Art der Hinrichtung.

#### *bb) Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794*

Allerdings erlangte das rein psychologische Modell der *Carolina* keine nachhaltige Akzeptanz, es kam vielmehr im Lauf der Frühen Neuzeit zur Überlagerung durch ethische Gesichtspunkte.<sup>44</sup> Anschauliches Beispiel hierfür ist das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794.<sup>45</sup> Sein Strafrecht umfasste 1577 Paragraphen, hatte so den Anspruch einer möglichst lückenlosen Kodifikation.<sup>46</sup> Dies spiegelte sich auch im Lebensschutz des ALR wider, ganze 80 Paragraphen befassten sich mit Mord und Totschlag.<sup>47</sup> Zwar unterschied auch das ALR Mord und Totschlag anhand des Überlegungskriteriums.<sup>48</sup> Hinzu trat nun aber besagte Überlagerung, vgl. §§ 839 ff. ALR. Erwähnt sei hier der befohlene Mord (§ 849 ALR).<sup>49</sup> Das ALR steht epochengeschichtlich an der Schwelle zwischen Absolutismus und Aufklärung. Der zunehmende Einfluss sozioethischer Gesichtspunkte ist Ausfluss der Aufklärung, der Umfang des ALR spricht für ein Werk „des Absolutismus, der alles bevormundet, überall polizeilich schulmeister, dem eigenen Urtheile der Staatsbürger so wenig als möglich überläßt“<sup>50</sup>.

#### *e) Zwischenfazit*

Der vorangegangene Überblick zeichnet ein uneinheitliches Bild. Einig war man sich zwar insoweit, als dass es einen besonders schweren Fall der Tötung, den Mord, gab. Eine Unsicherheit ist allerdings bzgl. seiner Greifbarkeit zu spüren. Im germanischen Recht etablierte sich ein an Verwerflichkeitskriterien orientiertes Konzept mit Ausstrahlungswirkung bis ins Mittelalter. Die Frühe Neuzeit hingegen war von der Rezeption des römischen Rechts geprägt, das mit dem Psychologismus arbeitete, um Mord vom Totschlag zu unterscheiden. Im Laufe der Zeit wurden beide Konzepte miteinander vermischt, bedingt durch die einsetzende Aufklärung.

### *2. Das 19. Jahrhundert – Entstehung des modernen Mordtatbestands*

Beflügelt durch die Aufklärung kehrte im 19. Jahrhundert Stabilität in die strittige Thematik der Tötungsdelikte

<sup>42</sup> Wortlaut nach der Transkription von *proLIBRIS.at*, Bamberg., ccl.

<sup>43</sup> So auch *Güterbock*, S. 236.

<sup>44</sup> *Müssig*, S. 36, der in diesem Kontext gar von einer Überwucherung spricht.

<sup>45</sup> Folgend nur noch als ALR bezeichnet.

<sup>46</sup> Insgesamt umfasst das ALR sogar über 19.000 Paragraphen, *Ebel*, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl. (1958), S. 78.

<sup>47</sup> §§ 806 – 825 ALR befassen sich mit dem Totschlag, während §§ 826 – 886 den Mord kodifizieren, *Thomas*, S. 164.

<sup>48</sup> Totschlag erforderte nach § 806 ALR eine mit Verletzungsabsicht durchgeführte Tötung. Wurde dagegen mit Tötungsabsicht („vorher überlegtem Vorsatze zu tödten“) getötet, so lag gem. § 826 ALR ein Mord vor, vgl. *Thomas*, S. 164; v. *Bitter*, Das Strafrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 vor dem ideengeschichtlichen Hintergrund seiner Zeit, 2013, S. 218 f.

<sup>49</sup> Mit weiteren Beispielen v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl. (1919), S. 291.

<sup>50</sup> *Berner*, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867, S. 43.



ein. Nach dem Motto „vom Kleinen ins Große“ wurden zunächst die Verhältnisse auf Ebene der Partikularstaaten geglättet. Insofern lässt sich entwicklungsgeschichtlich eine Parallele zwischen dem RStGB und der *Carolina* ziehen, deren Wurzeln sich ebenfalls in der Partikulargesetzgebung, der *Bambergensis*, finden. Dementsprechend soll auch hier chronologisch vorgegangen und zunächst auf die Partikulargesetzgebung eingegangen werden.

#### a) Die Partikulargesetzgebung<sup>51</sup>

Aufgrund geschichtlicher Relevanz und der Tatsache, dass das 1872 folgende RStGB wesentlich auf ihnen aufbaute, werden nachfolgend das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 und das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten von 1851<sup>52</sup> genauer untersucht.

##### aa) Das bayStGB von 1813

Dem bayStGB kam die Rolle der „Chorführerin unter den neueren Kodifikationen“<sup>53</sup> zu, auch aufgrund seines Urhebers *Paul Johann Anselm von Feuerbach*. Es gilt als „die bedeutendste deutsche Partikulargesetzgebung aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts“<sup>54</sup>.

##### (1) Ideengeschichtlicher Ursprung des bayStGB

Zeitlich voraus ging dem bayStGB napoleonisches Gedankengut: Der 1810 durch Napoleon reformierte Code Pénal wurde nun in rezipierter Form Gegenstand des deutschen Rechts, auch aufbautechnisch. So wies der Code Pénal und ihm folgend das bayStGB eine Dreiteilung der Tatbestände in *crimes*, *délits* und *contraventions*, also in Verbrechen, Vergehen und Ordnungswidrigkeiten, auf.<sup>55</sup> Nicht nur die rechtspolitische Situation der Zeit floss aber in die Arbeit Feuerbachs ein, auch die herrschenden gedanklichen, bzw. philosophischen Leitlinien trugen ihren Teil bei: Nach den Grundsätzen des kategorischen Imperativs (*sapere aude!*) ergibt sich folgendes Rechtsprinzip: „Handle so, dass der Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“<sup>56</sup>. Dieser rationalen Konzeption steht es diametral entgegen, wenn der Mensch seinen Verstand zur Tötung nutzt. Die vorsätzliche Abkehr von der Vernunft stellt den schlimmsten Verstoß gegen die Werteordnung der Aufklärung dar. Es erscheint konsequent, die Tötung im Affekt als weniger strafwürdig anzusehen, fehlt doch der Verstoß gegen die Vernunft. Gerade dieser Verstoß wirkte sich im bayStGB – ganz dem aufklärerischen Zeitgeist entsprechend – strafscharfend, bzw. -begründend aus.<sup>57</sup> Diese Aspekte sowohl der Aufklärung als auch der napoleonischen Gesetzgebung prägten das bayStGB nachhaltig, wenn auch nicht absolut. *Feuerbach* ergänzte sie um seine eigene Lehre, die *Theorie des psychologischen Zwangs*. Diese fußte auf der Vorstellung eines Menschentypus, der veranlagt war, zweckgerichtet Straftaten zu begehen, der kaltblütig und kühl abwägend den von der Begehung der Straftat erwarteten Vorteil mit ihrem Nachteil in Beziehung setzt und

<sup>51</sup> Umfängliche Darstellung der Partikulargesetzgebung bei *Wachenfeld*, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgange in der Gesetzgebung der Mitte des 18ten Jahrhunderts – Ein Beitrag zur vergleichenden Geschichte der Strafgesetzgebung, 1890, S. 57-177.

<sup>52</sup> Im weiteren Verlauf der Arbeit nur noch bayStGB und preußStGB.

<sup>53</sup> *Köstlin*, Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriß, 1859, S. 246.

<sup>54</sup> Statt aller *Hirte/Koch/Mezey*, in: *Rothenburger Gespräche zur Strafrechtsgeschichte*, Bd. 8, 2020, S. 69.

<sup>55</sup> *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. (2025), S. 70 f.; *Thomas*, S. 172.

<sup>56</sup> *Vormbaum*, Einführung, S. 36.

<sup>57</sup> *Thomas*, S. 174; *Grünhut*, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1978, S. 5.

die Begehung vom Ergebnis dieser Abwägung abhängig macht.<sup>58</sup> Somit wurde nicht Mord vom Totschlag, sondern vielmehr der Mörder vom Totschläger unterschieden. In gewisser Weise klang hier bereits die spätere Tätertypenlehre an.

## (2) Mord im bayStGB

Konkret wurde der Mord in Artikel 146 bayStGB, im zweiten Buch, das von Verbrechen und deren Bestrafung handelte, normiert. Dort hieß es, dass „der Totschläger der die von ihm verursachte Entleibung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Überlegung ausgeführt hat“ als Mörder mit dem Tode zu bestrafen sei. Hier zeichnet sich eine historische Parallele zur Carolina deutlich ab, auch diese grenzte schon anhand des Psychologismus die Tötungsdelikte voneinander ab.<sup>59</sup> Trotzdem wird durch das bayStGB das Konzept der Carolina nicht restauriert, vielmehr handelte es sich um ein eigenständiges Werk, das im französischen Recht der Revolutionsgesetzgebung, dem Code Pénal, wurzelte.<sup>60</sup> Dieser unterschied in den Artikel 295–298 Mord vom Totschlag anhand eines psychologischen Konzepts, Mord war die Tötung *avec préméditation(ou guet-apens)*, also mit Überlegung (oder durch Auflauern).<sup>61</sup> Dieses Konzept entwickelte *Feuerbach* in Artikel 146 bayStGB fort.<sup>62</sup> Es erfolgte eine Aufgliederung im Sinne einer Präzisierung der Prämeditation in Überlegung und Vorbedacht, zwei in der Definition deckungsgleiche Begriffe, die sich aber in ihrem zeitlichen Bezugspunkt unterschieden. Erstmals wurde dem psychologischen Merkmal so versucht, seine begriffliche Unschärfe zu nehmen, von nun an war der zeitliche Bezugspunkt des Merkmals gesetzlich normiert: Die Überlegung konnte sich sowohl auf den Zeitpunkt der Entschlussfassung (Vorbedacht), als auch die eigentliche Ausführung (Überlegung) beziehen. *Feuerbach* gelang damit Bemerkenswertes: Einerseits wurde eine präzise, verständliche Lösung gefunden, die Unklarheiten ausräumte. Andererseits wohnte dieser Lösung eine unglaubliche Weite inne, die eine feingliedrige Kasuistik überflüssig machte.<sup>63</sup> Die verwerflichen Einzelfälle gingen in den Merkmalen des Vorbedachts, bzw. der Überlegung auf.<sup>64</sup> Diese präzise begriffliche Schärfe war geradezu „epochemachend“<sup>65</sup> im Bereich der Strafgesetzgebung. Bemerkenswert ist zudem, dass das bayStGB Mord und Totschlag auch auf Rechtsfolgende unterschied: Während Mord mit der Todesstrafe belegt war, wurde Totschlag „nur“ mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, Art. 151 bayStGB. Für den Täter wurde das Vorliegen des Prämeditationsmerkmals somit zu einem „tödlichen Kriterium“<sup>66</sup>. Diese auf den ersten Blick human anmutende Strafkonzepktion der (scheinbaren) Zurückdrängung der Todesstrafe bedarf allerdings einer Relativierung: Indem der zeitliche Bezugsrahmen der Überlegung ausgeweitet wurde, ist (in logischer Konsequenz) der Anwendungsbereich des Totschlags eingeeengt worden. Weitergedacht führte die angesprochene Ausweitung zu einem Anstieg an Mordtaten und folglich zu einer erhöhten Rate an Todesurteilen. Die Zurückdrängung der Todesstrafe erfolgte somit nur auf dem Papier.<sup>67</sup> Zusammenfassend bildete das bayStGB in Artikel 146 also einen zeitlichen Tatkomplex, der von der Entschlussfassung bis zur Beendigung der Ausführungshandlung reichte. War innerhalb dieses Komplexes zumindest einmal ein kalkulierender,

<sup>58</sup> So *Thomas*, S. 177f. *Schmidt*, Einführung, S. 238 f.

<sup>59</sup> Verwiesen sei auf die Ausführungen zur Carolina, zu finden unter B. I. 4. a) cc).

<sup>60</sup> *Müssig*, S. 40.

<sup>61</sup> Zum französischen Wortlaut und dessen Übersetzung ins Deutsche vgl. *Schubert*, Der Code pénal des Königreichs Westphalen von 1813, 2001, S. 127 ff.

<sup>62</sup> Dem Code Pénal wohnt ein logischer Widerspruch inne: Mord soll die mit Prämeditation *ausgeführte* Tat sein, *prémédiation* ist aber ein *Vorentschluss* (Vorfeld der Tat), *Wachenfeld*, S. 69.

<sup>63</sup> *Thomas*, S. 173.

<sup>64</sup> Unter Nennung von Beispielen *Thomas*, S. 182 f.

<sup>65</sup> *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, Bd. 1, 1895, S. 242 (Fn. 73).

<sup>66</sup> Formulierung nach *Eser*, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, D 119.

<sup>67</sup> Zu dieser relativierten Betrachtung *Müssig*, S. 41.

auf die Tötung gerichteter Wille vorhanden, so war das Merkmal der Überlegung erfüllt und der Mord begründet.<sup>68</sup>

#### *bb) Das preußStGB von 1851*

Auch das preußStGB beeinflusste die deutsche Strafrechtsgeschichte maßgeblich. Es war Vorbild für das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1869. Als dieser 1871 im Deutschen Kaiserreich aufging, wurde das Strafgesetzbuch von 1869 zum RStGB erweitert.<sup>69</sup>

#### *(1) Entstehungsgeschichte und Unterschied zum bayStGB*

Das ein gutes halbes Jahrhundert vor dem preußStGB erlassene ALR erwies sich schon bald als reformbedürftig: Bereits 1799 wurde eine umfassende Überarbeitung des Strafrechts beschlossen.<sup>70</sup> Neben politischen und gesellschaftlichen Komplikationen<sup>71</sup> waren umfangreiche Vorarbeiten der Grund dafür, dass die endgültige Kodifikation bis 1851 auf sich warten ließ.<sup>72</sup> Zwar war das schlussendlich erlassene Reformwerk unstrittig vom bayStGB beeinflusst.<sup>73</sup> Im Unterschied zum bayStGB sah es aber von der starren französischen Einteilung der Delikte ab, vielmehr wurden die Straftaten aufbautechnisch nach ihrer Schwere geordnet.<sup>74</sup> Während das bayStGB zudem nur auf einer Straftheorie basierte, finden im preußStGB verschiedene Theorien Eingang, was zu einer Fülle an Ideen und dadurch zu einem langlebigen Werk führte.<sup>75</sup>

#### *(2) Mord im preußStGB*

Auch die Mordregelung des preußStGB besticht durch sprachliche Klarheit: § 175 normiert, dass „wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet“, einen Mord begeht, einen Totschlag dagegen derjenige, der „vorsätzlich, jedoch nicht mit Überlegung“ tötet, § 176. Mord wurde mit dem Tode, Totschlag mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Bzgl. der Unterscheidung der Tötungsdelikte wurde aber anders als im bayStGB keine alternative Aufgliederung vorgenommen. Einzug fand ein einheitliches Überlegungsmerkmal. Das hatte zur Konsequenz, dass der zeitliche Bezugspunkt nicht mehr unmittelbar aus dem Wortlaut ableitbar war, was wiederum die Frage aufwarf, wann die Überlegung im preußStGB ansetzte. Die verschiedenen Entwürfe zum preußStGB tendierten dazu, auf die Entschlussfassung abzustellen, was durch Praxis und herrschende Meinung bestätigt wurde.<sup>76</sup> Lag Überlegung hier nicht vor, war nur Totschlag verwirklicht.

#### *cc) Das Überlegungsmerkmal im Partikularstrafrecht des 19. Jahrhunderts*

Es drängt sich die Frage auf, warum gerade die Überlegung als Abgrenzungskriterium in der Dichotomie der

<sup>68</sup> Thomas, S. 173.

<sup>69</sup> Vormbaum, Einführung, S. 77.

<sup>70</sup> Schubert/Regge, Gesetzrevision Bd.1, S. XXIX.

<sup>71</sup> Näher auf diese eingehend Vormbaum, Einführung, S. 74 ff.

<sup>72</sup> v. Hippel, S. 327; Würtenberger, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933, S. 236.

<sup>73</sup> Müssig, S. 55; vergleiche auch Mittermaier, GA 1854, 141 (159).

<sup>74</sup> Würtenberger, System der Rechtsgüterordnung, S. 237 f; Kuhl, Rn. 96.

<sup>75</sup> v. Hippel, S. 326.

<sup>76</sup> So Wachenfeld, S. 179; Müssig, S. 56. Eine a.A. (Vorliegen von Überlegung während der Ausführung der Tat) wurde von den Gerichten vertreten, die mit dem Willen des preußischen Strafgesetzgebers argumentierten, vgl. nur RGSt 8, 276 (278). Auf dieser Linie auch Goldammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten – Teil II, 1852, S. 371; Mittermaier, GA 1854, 285 (303).

Tötungsdelikte angesehen wurde. Warum wurde die nach äußerlichen Gesichtspunkten gleiche Tat einmal für todeswürdig befunden und einmal nicht, wo sie doch sogar innerlich weitgehend übereinstimmten (Vorsatz)? Zeitgenössisch ging man, was bereits bei *Feuerbach* anklang, von einem bestimmten Menschentyp „Mörder“ aus. Der überlegt Tötende wurde als „ein Wesen, vor dem man sich [...] entsetzt, das durch seine That gleichsam sein Menschliches von sich gethan hat“<sup>77</sup> angesehen. Der Totschläger war dagegen ein Wesen, welches fast schon als krasser Gegensatz zum Mörder bezeichnet werden konnte und zu bemitleiden war. Er ließe sich von Gefühlen überwältigt hinreißen, würde dadurch „nur sein menschliches Wesen, freilich sein allzu sehr sinnlich menschliches Wesen an den Tag“<sup>78</sup> legen.

#### *b) Das RStGB des Deutschen Kaiserreichs*

1872 erhielt das Deutsche Reich ein einheitliches Strafrecht. Das RStGB war maßgeblich am preußStGB orientiert, gilt als dessen Weiterentwicklung auf Reichsebene. Es wurde am 15.5.1871 verkündet und gilt formal –mit zahlreichen tiefgreifenden Änderungen– bis heute.<sup>79</sup>

##### *aa) Mord im RStGB*

Das RStGB behandelte Mord in § 211: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft“<sup>80</sup>. Dagegen statuierte § 212: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft“<sup>81</sup>. In partikularstrafrechtlicher Tradition unterschied das RStGB die Tötungsdelikte auch rechtsfolgentechnisch voneinander. Gerade dies sorgte für Streit: Während Mord mit der Absolutheit der Todesstrafe bestraft wurde, war für Totschlag eine Mindeststrafe von fünf Jahren vorgesehen. Diese Divergenz, verbunden mit Abgrenzungsschwierigkeiten, erwies sich als durchaus problembehaftet. Daher wird nun die Überlegung tiefer untersucht. Es gilt zu betonen, dass die Überlegung sowohl in zeitlicher als auch in gegenständlicher Hinsicht, also bzgl. der Frage, auf was genau der Täter wann genau seine Gedankengänge fixieren musste, für Diskussionen sorgte. Außerdem war der Umfang der Überlegung umstritten.

##### *(1) Zeitlicher Bezugspunkt der Überlegung*

Der Wortlaut des § 211 RStGB ist diesbezüglich recht eindeutig. Mord ist die mit Überlegung *ausgeführte* Tötung. Das Meinungsspektrum war hier recht homogen: Mit dem Gesetzgeber ging man davon aus, dass die Überlegung zeitlich an die Ausführung der Tat anknüpfte.<sup>82</sup>

##### *(2) Gegenständlicher Bezugspunkt der Überlegung*

Nicht so homogen war das Feld der vertretenen Ansichten bzgl. des Gegenstands der Überlegung. Auch das

<sup>77</sup> *Temme*, Lehrbuch des preuß. Strafrecht, 1853, S. 791.

<sup>78</sup> *Temme*, preuß. Strafrecht, S. 791; *Thomas*, S. 188.

<sup>79</sup> BGBl. I 1975, S.1; *Bechtel*, JSE 2014, 267 (271); auch anklingend bei *Fischer*, in: *Fischer/Anstötz/Lutz*, StGB, 72. Aufl. (2025), Einl., Rn. 3.

<sup>80</sup> RGBL. I 1871, S. 166.

<sup>81</sup> RGBL. I 1871, S. 167.

<sup>82</sup> In der Rechtsprechung: RGSt 8, 276 (277 ff.); 42, 260 (261); 56, 25 (26); in der Literatur: *Katzenstein*, ZStW 1904, 503 (517 ff., 522 ff.); *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT I, 1904, S. 27.

RStGB verstand die Überlegung als ein vom Vorsatz getrenntes Merkmal.<sup>83</sup> Überlegt im Sinne der Mordvorschrift handelte der Täter, wenn er sich „seiner einander widerstrebenden Motive bewusst [war], nämlich einerseits derjenigen, die ihn von der Tatausführung abhalten, also die Tat hemmen, der Täter andererseits aber auch die Beweggründe registriert, die ihn zur Tat treiben, so dass er sie gegeneinander abwägen muss, bevor er zur Tat schreitet“<sup>84</sup>. Ein möglicher Anknüpfungspunkt wäre demnach das Abwägen der für und wider die Tat sprechenden Umstände („Ob“ der Tat). Es kann aber auch auf die Art und Weise der Tatbegehung („Wie“ der Tat) abgestellt werden. Die hierzu vertretenen Ansichten werden nun dargestellt.

#### *(a) Ansicht und Behandlung in der Rechtsprechung<sup>85</sup>*

In den in überschaubarer Zahl vorhandenen Urteilen, die sich zum Gegenstand der Überlegung äußerten, war das Reichsgericht der Ansicht, dass der Täter sowohl „Ob“, als auch „Wie“ bedenken müsse. Die Rechtsprechung ging so von einem dualistischen Überlegungsbegriff aus.<sup>86</sup>

Als Argument führen die Gerichte aus, dass sich „Ob“ und „Wie“ in der Praxis schlecht bis überhaupt nicht trennen ließen. Hierzu ein Urteil, das dies beispielhaft anhand des Merkmals der Verdeckungsabsicht verdeutlicht.<sup>87</sup> Das Risiko, entdeckt zu werden, ist ein die Tat hemmender Umstand. Der kalkuliert handelnde Täter wird die Tötung unter Minimierung des Entdeckungsrisikos durchführen und so die Art und Weise der Begehung hieran anpassen. Im Fall wählte der Täter ein abgelegenes Gartengrundstück als Tatort. Aus dieser Tatsache folgte das Gericht, dass der Täter die Tötung „mit voller Überlegung ausgeführt hat“<sup>88</sup>. Das Kalkül bzgl. der Art und Weise der Tat („Wie“ – Gartengrundstück, basierend auf dem Ziel, nicht entdeckt zu werden) indiziert die der eigentlichen Tatbegehung vorgelagerte Abwägung hinsichtlich des „Obs“. Indem er einen Ort zur Vermeidung der Entdeckung wählt, musste der Täter sich vorher Gedanken über das bestehende Entdeckungsrisiko als hemmenden Umstand gemacht haben, so Für und Wider der Tatbegehung abgewogen haben. Das Mordmerkmal findet sich damit sowohl im „Ob“, als auch im „Wie“ der Tat. Der hier so herausgearbeitete Konnex zeigt den Grund für den dualistischen Überlegungsbegriff der Rechtsprechung.

#### *(b) Das Schrifttum*

In der Literatur sahen einige die beiden Anknüpfungspunkte („Ob“ und „Wie“ der Tat) als eine sich gegenseitig ausschließende Dichotomie. Andere wiederum folgten dem dualistischen Begriff der Rechtsprechung. Im Schrifttum zeigt sich demnach ein dreigliedriges Meinungsbild.

##### *(aa) „Ob“ der Tat*

Diese Ansicht dominierte die Literatur. Einer ihrer prominentesten Vertreter, *Wachenfeld*, brachte ihre Quintessenz auf den Punkt: Wer überlegt, rechne mit den Gegengründen ab<sup>89</sup>. Die Abrechnung meint die der Begehung

<sup>83</sup> Auch in der Zeit des RStGB gab es allerdings andere Ansichten, so bspw. zu finden bei *Oppenhoff*, RStGB, 14. Aufl. (1901), § 211 Nr. 11, der die Überlegung als nähere Qualifikation des Vorsatzes ansah.

<sup>84</sup> *Rissing-van Saan* in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), vor § 211 Rn. 113; so auch *Binding*, BT I, S. 27.

<sup>85</sup> Aus Platzgründen wird an dieser Stelle nur auf die höchstrichterliche Rechtsprechung eingegangen.

<sup>86</sup> Ausführlicher Überblick über die einzelnen Urteile hierzu *Thomas*, S. 205 ff.

<sup>87</sup> Beispiel nach *RG*, JW 1927, 902.

<sup>88</sup> *RG*, JW 1927, 902 (903 Nr. 17).

<sup>89</sup> Vgl. *Wachenfeld*, Die Überlegung in unserem heutigen Mordbegriff, 1887, S. 15 ff.

vorgelagerte Entscheidung, *ob* die Tat überhaupt begangen werden soll. Es habe ein „wertbezogene[r] Abwägungsprozess“<sup>90</sup> zwischen dem Zweck, der mit der Tötung verfolgt wird, und anderen möglichen Zielsetzungen, sowie der Tötung als geplantem Mittel zur Zielerreichung und weiteren denkbaren Mitteln, stattzufinden.<sup>91</sup> Diese zweispurige Abwägung (Zwecke und Mittel) bezieht sich nur auf das „Ob“ der Tatbegehung, im Kern wird diese nur präzisiert. Dieser Ansicht liegt somit ein sich nach reflektierter Auseinandersetzung mit dem „Ob“ der Tat gegen die Rechtsordnung wendende Täter zugrunde.<sup>92</sup>

#### (bb) „Wie“ der Tat

Eine andere im Schrifttum anzutreffende Strömung meinte, die Überlegung habe ausschließlich das „Wie“ der Tat zum Gegenstand.<sup>93</sup> Die oben genannte Ansicht führe in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen. Sie kreiere „ein Privileg für die verworfensten Verbrecher [...], in deren Seele vor dem Entschlusse überhaupt kein Abwägen der widerstreitenden Motive stattfindet, bei denen die allgemeinen Vorstellungen [...] des Rechts sich vor der Entschlussfassung gar nicht zur Geltung bringen können, eben weil ihnen derartige Vorstellungen vollkommen mangeln“<sup>94</sup>. Ein Beispiel wäre der Lustmörder, der spontan und grundlos tötet. Nach obiger Ansicht würde Mord ausscheiden, eine Abwägung der Gegengründe findet nicht statt, was die Tötung aber rücksichtsloser und verwerflicher, den Täter gefährlicher macht. Ihn nicht als Mörder zu bestrafen sei nach hier vertretener Auffassung höchst unbefriedigend, daher unvertretbar.<sup>95</sup> Als Alternative verbleibe nur das „Wie“ der Tat als richtiger Gegenstand der Überlegung.

#### (cc) Kumulativer Ansatz

Eine dritte Ansicht folgte der Rechtsprechung. Wie diese wurzelte sie vor allem in der Erkenntnis, dass die einzelnen Beweiszeichen, die für den Gegenstand der Überlegung von Bedeutung sind, in doppelter Hinsicht relevant sind.<sup>96</sup> Eine nicht künstlich anmutende Trennung zwischen „Ob“ und „Wie“ sei unmöglich. Der prominenteste Vertreter dieses Ansatzes, *Franz v. Liszt*, verlangte, „dass die auftauchende Vorstellung des begehrten Erfolges nicht sofort den Entschluss [bestimmt], sondern den übrigen Vorstellungen [...] Zeit bleibt, sich bei der Fassung des Entschlusses zur Geltung zu bringen“<sup>97</sup>. Mit den „übrigen Vorstellungen“ meinte er solche der Sittlichkeit, des Rechts oder der Klugheit, wobei die Klugheit auch das „Wie“ der Tat enthielt.<sup>98</sup> Für eine überlegte Tat musste also eine Entscheidung in zweierlei Hinsicht erfolgen.<sup>99</sup>

#### (3) Umfang der Überlegung<sup>100</sup>

Der Streit um das Überlegungsmerkmal hing also zunächst an zwei Fixpunkten. Im Laufe der Zeit rückte der

<sup>90</sup> Thomas, S. 224.

<sup>91</sup> So Hälschner, Das gemeines deutsche Strafrecht – systematisch dargestellt, 1887, S.36.

<sup>92</sup> Hälschner, S. 37; Thomas, S. 225.

<sup>93</sup> Genauer beschreibt dies Katzenstein, ZStW 1904, 503 (515).

<sup>94</sup> Katzenstein, ZStW 1904, 503 (524 f.).

<sup>95</sup> Thomas, S. 233.

<sup>96</sup> Siehe oben unter B. II. 2. a) cc) (1).

<sup>97</sup> So beschrieben von v. Liszt, S. 291 f.

<sup>98</sup> So Thomas, S. 234.

<sup>99</sup> Nach v. Liszt, S. 292.

<sup>100</sup> Bzgl. dieser Thematik muss ein Blick aus dem ausgehenden 19. hinein in das 20. Jahrhundert erfolgen.



Fokus insbesondere der Rechtsprechung allerdings hiervon ab, sie fragte zunehmend nach dem Umfang, dem nötigen Tiefgang der Überlegung. Als qualitativ ausreichend wurde zunächst noch ein genügend klares Kalkül verlangt.<sup>101</sup> Diese Formel der „genügend klare[n] Erwägung“<sup>102</sup> wurde 1928 modifiziert, von nun an bediente man sich folgender Wendung: Überlegung läge bereits vor, wenn der Täter „verstandesmäßigen Vorstellungen und Erwägungen zu folgen fähig“<sup>103</sup> gewesen war. Schwerpunkt der Prüfung des Vorliegens der Überlegung war also (nur noch) die Feststellung einer kühlen Abwägung zwischen einzelnen (nicht allen) für und gegen die Tat sprechenden Umständen.<sup>104</sup> Klar ist hier eine Tendenz der Aufweichung des Überlegungsmerkmals zu erkennen. Es wurde, da man den Kampf der Beweggründe nicht mehr forderte und die Fähigkeit, während der Tat zu denken genügen ließ, zu einem nicht überwiegend vom Affekt getragenen Handeln herabgestuft.<sup>105</sup>

#### bb) Zwischenfazit

Es ergibt sich ein bezeichnendes Fazit: Das Merkmal der Überlegung war für die Differenzierung zwischen Mord und Totschlag geradezu untauglich. Treffend brachte dies *Franz von Liszt* auf den Punkt: „Ein Begriff aber, der bei jedem Schriftsteller einen anderen Inhalt hat, der die Rechtsprechung führerlos lässt [...], ist nicht geeignet, die begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag und die durch sie begründete Anwendung ganz verschiedener Strafarten zu rechtfertigen“<sup>106</sup>. Die Überlegung wurde auch kriminalpolitisch zunehmend kritisch gesehen.<sup>107</sup> Es wurde klar, dass sie nicht alle unrechtsrelevanten Fakten abbilden konnte, damit kein unwiderlegbarer Beweis für eine höhere Verwerflichkeit war und das Gesetz dennoch die Absolutheit der Todesstrafe an ihr Vorliegen knüpfte.<sup>108</sup> Plastisch lässt sich dieses grundlegende Problem anhand der Gegenüberstellung einiger Beispiele veranschaulichen. Hier sei erneut der mordlustige Täter aufgeführt. Streng unter das Überlegungsmerkmal subsumierend müsste man eine Bestrafung nach § 211 RStGB verneinen, der Mordlustige handelt ohne erkennbaren Grund „in brutaler Gleichgültigkeit“<sup>109</sup>, entbehrt der geforderten Abwägung und tötet so unüberlegt. Dass die Tötung um des Tötens willen aber höchst verwerflich ist, bedarf keiner weitreichenden Begründung. Die hierdurch greifbar gemachte Untauglichkeit der Überlegung zeigt sich aber auch in entgegengesetzter Richtung: Nach reiflicher Überlegung und einem regelrechten Kampf mit dem eigenen Gewissen tötet der Sohn den schwer leidenden Vater. Wieder eng an der Definition gearbeitet müsste man hier eine überlegte Tötung, damit Mord, annehmen. Auch dieses Ergebnis erscheint kaum gerecht, ist die Verwerflichkeit hier doch nicht mit der des Lustmordes vergleichbar.<sup>110</sup>

### 3. Die Reform von 1941

Vor allem aber die Erosion des Überlegungsbegriffs<sup>111</sup> legte den dringenden Reformbedarf in der Abgrenzung der

<sup>101</sup> RGSt 42, 260 (262).

<sup>102</sup> Formulierung nach *Thomas*, S. 217.

<sup>103</sup> RGSt 62, 196 (197).

<sup>104</sup> *Thomas*, S. 217.

<sup>105</sup> So auch *Thomas*, S. 220.

<sup>106</sup> Zitat nach v. *Liszt*, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, 1905, S. 62.

<sup>107</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, 5. Aufl. (2025), § 211 Rn. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 2 Rn. 3.

<sup>108</sup> *Eser*, D 28 f.

<sup>109</sup> So formuliert es v. *Liszt*, S. 65.

<sup>110</sup> Beispiele nach *Eser*, D 29; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, § 2 Rn. 3.

<sup>111</sup> Vergleiche die Ausführungen zum Umfang der Überlegung unter B. II. 2. a) cc) (3).

Tötungsdelikte offen, dem schließlich 1941 mit einer grundlegenden Novellierung<sup>112</sup> begegnet wurde, im Zuge derer das Überlegungsmerkmal sein Ende fand.<sup>113</sup>

#### a) Ideengeschichtlicher Hintergrund

Die gänzlich neuartige Konzeption des Mordparagraphen kam allerdings nicht von ungefähr und war vor allem keine alleinige Erfindung des Nationalsozialismus. Die Kritik am Prämeditationskonzept wurde bereits dargestellt.<sup>114</sup> Diese Diskussion wurde von einem Schweizer Strafrechtler, *Carl Stooss*, zum Anlass genommen, einen Gegenentwurf für das Strafrecht der Schweiz zu konzipieren, der schon 1893 vorlag. Artikel 50 II dieses Entwurfes normierte den Mord: „Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gifts, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft“<sup>115</sup>. Leicht erkennbar ist die Parallele dieses Mordartikels mit dem 1941 neugefassten § 211 RStGB: Der von *Stooss* in Artikel 50 Abs. 2 aufgeführte kasuistische Merkmalskatalog stimmte in weiten Teilen mit dem des § 211 RStGB 1941 überein. Selbst die niederen Beweggründe, heute oft als „Nazirecht“ titulierte, sind keine „Erfindung“ des nationalsozialistischen Gesetzgebers. Zwar enthielt die von *Stooss* 1893 vorgeschlagene Merkmalskasuistik diesen Terminus noch nicht, gleichwohl stammt auch dieser aus der Schweiz, ein Entwurf von 1916 führte ihn ein.<sup>116</sup> Ähnlich verhält es sich mit den gemeingefährlichen Mitteln, auch die sah der *stooss'sche* Entwurf von 1893 noch nicht vor. Im selben Zug mit den niederen Beweggründen wurde aber auch dieser Begriff 1916 in die Vorarbeiten zum Schweizer Strafgesetzbuch aufgenommen, wenngleich dort nicht wortwörtlich als „gemeingefährliche Mittel“ bezeichnet.<sup>117</sup> *Stooss* zielte mit Artikel 50 seines Entwurfes auf die „unehrliche, gemeine Tödtung“<sup>118</sup>, die er als verwerflich und daher als in höherem Maße zu bestrafen ansah als die „faire, regelgeleitete“<sup>119</sup> Tötung im Zweikampf. Besonders gut ist das an der von ihm formulierten dritten Merkmalsgruppe (Verdeckungs-, Ermöglichungsabsicht) zu erkennen, der die Unehrlichkeit immanent ist.<sup>120</sup> Damit bezog sich *Stooss* auf einen schon im germanischen Recht bekannten und zur Abgrenzung von Mord und Totschlag herangezogenen Rechtsgedanken.<sup>121</sup>

Der Schweizer Entwurf kam den Nationalsozialisten demnach in zweierlei Hinsicht entgegen. Einerseits schuf er, bedingt durch weite, in Teilen generalklauselartige Formulierungen, einen großen Auslegungsspielraum und war so einer (unbegrenzten) Auslegung offen. Andererseits fügte er sich hervorragend in die „im Nationalsozialismus besonders [virulente] Germanenmythologie“<sup>122</sup> ein, indem er das Konzept des germanischen Lebensschutzstrafrechts rezipierte. Hierin erkannte der nationalsozialistische Gesetzgeber eine „ideale Konkretisierung des Völkischen Rechts“<sup>123</sup>. Dass das dem Entwurf immanente Verwerflichkeitskonzept germanischen Ursprungs ist, war

<sup>112</sup> § 211 des geänderten RStGB lautete: (1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft. (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet. (3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.

<sup>113</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 3.

<sup>114</sup> Vergleiche die Ausführungen unter B. II. 2 a) – b).

<sup>115</sup> *Stooss*, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 1893, S. 38.

<sup>116</sup> *Thomas*, S. 242.

<sup>117</sup> Der Entwurf von 1916 umschrieb diese mit den Worten „und anderen Mitteln, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden“, vgl. *Blei*, S. 8; *Thomas*, S. 242 f.

<sup>118</sup> *Stooss*, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts II – vergleichend dargestellt, 1893, S. 9 f.

<sup>119</sup> *Thomas*, S. 244.

<sup>120</sup> *Thomas*, S. 245.

<sup>121</sup> Vergleiche hierzu die Ausführungen unter B. I. 2.

<sup>122</sup> *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3: Seit 1650, 9. Aufl. (2008), S. 277.

<sup>123</sup> *Thomas*, S. 240.



*Stooss* bekannt, er sah es als „emotional verwurzelt im Volk fortlebend“<sup>124</sup>. Diese auf den ersten Blick nationalsozialistisch anmutende Meinung entsprach jedoch dem damals vorherrschenden Zeitgeist.<sup>125</sup> Somit hat der geänderte deutsche Mordparagraph mit Carl *Stooss* und dessen Entwurf durchaus unverdächtige Vorläufer.<sup>126</sup>

Nun sollen die tatsächlich an der Reform beteiligten Personen genannt werden, allen voran *Roland Freisler*. Als Mitorganisator des Holocausts und ab 1942 Präsident des Volksgerichtshofs ein glühender Nationalsozialist, wurde er als einer „der führenden deutschen Juristen“<sup>127</sup> der Zeit gesehen. Er war Mitglied nahezu aller Kommissionen und Ausschüsse, die sich mit der Strafrechtsnovelle befassten.<sup>128</sup> Publizistisch war *Freisler* außerordentlich aktiv und bereits seit Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft insbesondere für seine teils stark propagandistisch geprägten Veröffentlichungen bekannt.<sup>129</sup> Er war schon vor 1941 ein vehementer Befürworter einer grundlegenden strafrechtlichen Reform. 1936 formulierte er, dass es nun gelte, „die gesetzlichen Fesseln zu lösen, die das Strafrecht daran hindern, den Weg in die Freiheit zu nehmen“<sup>130</sup>. Er war der Meinung, dass der Entscheidungsspielraum der Judikative immer kleiner werde, je mehr beschreibende Elemente ein Straftatbestand aufweist, eine Entwicklung, der man entgegenwirken müsse, konsequenterweise (den Nationalsozialisten entgegenkommend) auf Kosten der Rechtssicherheit.<sup>131</sup> Von 1942 an war er Präsident des Volksgerichtshofs, der höchsten gerichtlichen Instanz für Strafsachen im NS-Staat. Dort etablierte er eine judikative Schreckensherrschaft, sein Name wurde zum Synonym für das nationalsozialistische Unrecht in der Justiz.<sup>132</sup> Als weitere an der Reform beteiligte Akteure lassen sich *Franz Gürtner*, *Hans Heinrich Lammers* und *Wenzeslaus von Gleispach* nennen.<sup>133</sup> *Gürtner* war während der Reformarbeiten Reichsjustizminister, verstarb allerdings Anfang 1941. Nichtsdestotrotz war er maßgebliche Triebfeder des Novellierungsprozesses.<sup>134</sup> *Lammers* war als Chef der Reichskanzlei als Scharnier zwischen Reichsjustizministerium und politischer Führung von Bedeutung, *Gleispach* war maßgeblich am Entstehen des Wortlauts des § 211 RStGB beteiligt.<sup>135</sup>

#### b) Mord im RStGB von 1941

Die Reform von 1941 sah sich als bewusste Abkehr von der bisher im RStGB verankerten Mord- und Totschlagskonzeption.<sup>136</sup> Das Gesetz zur Änderung des RStGB vom 04.09.1941<sup>137</sup> änderte mit § 2 den Wortlaut der Mordvorschrift zu der Fassung, die (größtenteils) bis heute fortbesteht. Die durch das dritte Strafrechtänderungsgesetz vom 04.08.1953 vollzogenen Änderungen – Abschaffung der Todesstrafe zugunsten lebenslanger Freiheitsstrafe und Wegfall des Absatzes drei – ließen den eigentlichen Tatbestand des Mordparagraphen unberührt.<sup>138</sup> Der 1941

<sup>124</sup> *Wania*, in: Strafrechtlicher Lebensschutz in Ungarn und Deutschland, 2008, S. 97 (106).

<sup>125</sup> *Müssig*, S. 13; *Wania*, in: Strafrechtlicher Lebensschutz, S. 97 (106).

<sup>126</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn.5; *Votteler*, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 1. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, S. 17; *Frommel*, NK 2023, 124 (129), nach der in der Schweiz lediglich ein altertümlicher und traditioneller (aus germanischer Zeit bekannter) Zeitgeist dominierte. Dass *Stooss* die nationalsozialistische Tätersystemlehre bereits im Kopf hatte, ist zu verneinen.

<sup>127</sup> *Mittermaier*, ZStrR 1934, 320 (340).

<sup>128</sup> So *Plüss*, Der Mordparagraph in der NS-Zeit – Zusammenhang von Normtextänderung, Tätersystemlehre und Rechtspraxis – und ihr Bezug zu schweizerischen Strafrechtsdebatten, 2018, S. 188, die das als Anzeichen für ein stark ausgeprägtes Geltungsbedürfnis hält.

<sup>129</sup> *Plüss*, S. 188; darüber hinaus war *Freisler* bereits seit 1925 Mitglied der NSDAP.

<sup>130</sup> *Freisler*, DJ 1936, 1568 (1571).

<sup>131</sup> *Plüss*, S. 190.

<sup>132</sup> Bezeichnenderweise fand *Freisler* im Zentrum seiner Schreckensherrschaft, dem Volksgerichtshof im Februar 1945 den Tod durch einen alliierten Luftangriff, *Buchheit*, Richter in roter Robe – *Freisler*, Präsident des Volksgerichtshofs, 1968, S. 274.

<sup>133</sup> Nicht abschließend aufgezählt, ausführlich zu den sonstigen Beteiligten *Plüss*, S. 191 ff.

<sup>134</sup> *Plüss*, S. 191.

<sup>135</sup> *Plüss*, S. 191 f.

<sup>136</sup> *Eser*, D 23.

<sup>137</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>138</sup> BGBl. I 1953, S. 735.

eingeführte Paragraph beruhte auf einem Entwurf aus dem Jahre 1936.<sup>139</sup> Die Abkehr vom Prämeditationskonzept ist sofort erkennbar, der Mord wurde nun anhand einer ausdifferenzierten, an einzelne Mordmerkmalen gebundenen Verwerflichkeitskasuistik charakterisiert, normiert in § 211 Abs. 2 RStGB.<sup>140</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen der Konzeption der Tötungsdelikte im früheren RStGB und dem neu eingeführten System ist, dass das Prämeditationskriterium ethisch neutral, damit primär um Sachlichkeit bemüht war, indem es Recht und Moral trennen wollte.<sup>141</sup> Diese Bemühungen um sachliche Neutralität durch strikte Trennung von Recht und Sitte wurde mit der Kodifikation des Verwerflichkeitskonzepts aufgegeben. Unterscheidungsmerkmal der Tötungsdelikte war nun die durch die Tat betätigte „Haltung des Täters zu den grundlegenden Sozial-, Gemeinschafts- und Kulturwerten“<sup>142</sup>. 1941 wurde also ein auf einer ethischen Grundlage stehendes Strafrecht geschaffen.<sup>143</sup> Das Verbrechen wurde als Verletzung einer gegenüber der Volksgemeinschaft bestehenden Pflicht gesehen, bestraft wurde jetzt ein „Gesinnungsverfall“<sup>144</sup> des Täters, der auf eine „Lebensführungsschuld“<sup>145</sup> zurückgehe. Hauptaugenmerk der Judikative lag somit nicht mehr auf der Bewertung der Tat an sich, sondern auf der Verurteilung der Tätergesinnung.<sup>146</sup>

Nicht nur die Abkehr vom Psychologismus ist auffallend, fast beachtlicher ist, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber nicht den Mord vom Totschlag, sondern den Mörder vom Totschläger unterschied.<sup>147</sup> 1941 vollzog sich also ein das gesamte Strafrecht umfassender Wandel weg vom Tatstrafrecht und hin zu einem Täterstrafrecht. Dieses charakterisierte den Mörder kasuistisch anhand von Merkmalen, die sich auf seine Motivation (Gruppe 1: aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen), die Art und Weise der Tatbegehung (Gruppe 2: heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln) und ein besonders verwerfliches, mit der Tötung verfolgtes Ziel (Gruppe 3: um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken) beziehen. Entscheidend war von nun an also die Verwerflichkeit und in Teilen auch die Gefährlichkeit der Tat.<sup>148</sup>

Rechtsfolgentechnisch wurde Mord weiterhin mit dem Tode bestraft. Allerdings sah der nationalsozialistische Gesetzgeber eine Regelung bzgl. minder schwerer Fälle vor, in § 211 Abs. 3 RStGB. In solchen Ausnahmefällen konnte von der Todesstrafe abgesehen und „lediglich“ zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt werden. Theoretisch führte das zur Lockerung der starren Verknüpfung von Mordtatbestand und Todesstrafe.<sup>149</sup> Wie dies in der Judikatur gehandhabt wurde und wie oft der § 211 Abs. 3 RStGB tatsächlich zur Anwendung kam, steht auf einem anderen Blatt. Das insbesondere vor dem Hintergrund, dass vor allem gegen Kriegsende die Todesstrafe für immer geringere Vergehen verhängt wurde.<sup>150</sup>

<sup>139</sup> Preschany, KriPoZ 2023, 267 (274).

<sup>140</sup> Eser, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlages und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217) neu abzugrenzen?, 1980, D 30 f.; Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 4; Müssig, S. 77.

<sup>141</sup> Müssig, S. 77.

<sup>142</sup> Müssig, S. 77.

<sup>143</sup> Werle, Justiz -Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 334–346; Wania, StrafR Lebensschutz, S. 97 (105).

<sup>144</sup> Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht II, 1940, S. 152.

<sup>145</sup> Mezger, ZStW 1938, 675 (688).

<sup>146</sup> Frommel, JZ 1980, 559 (560).

<sup>147</sup> Freisler, DJ 1941, 929 (932); Preschany, KriPoZ 2023, 267 (269).

<sup>148</sup> Rissing-van Saan in: LK-StGB, Vorb. § 211 Rn. 116.

<sup>149</sup> Eser, D 33.

<sup>150</sup> Als besonders erstreckendes Beispiel sei der Fall des Juden *Luftglass* genannt, der Ende 1941 wegen des Hamstern von Eiern ursprünglich zu einer Haftstrafe von zweieinhalb Jahren verurteilt wurde. Hier schaltete sich Hitler persönlich ein und verlangte die Exekution des Verurteilten, ein Wunsch, dem kurze Zeit später nachgekommen wurde. Auch durch solche Einmischungen wurde die Regelung des § 211 III RStGB in ihrer eben beschriebenen Funktion relativiert. Umfassend nachzulesen bei Radbruch, südDJZ 1948, 57 (61).

Da der Tatbestand des Totschlags vor 1941, wie der des Mordes, am Prämeditationskonzept anknüpfte, wurde auch er im Zuge der Novellierung parallel zum Mordparagrafen neugefasst. Totschläger ist seit 1941, „wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein“<sup>151</sup>. Die Dichotomie von Mord und Totschlag, bzw. von Mörder und Totschläger, übersteht somit in ihren Grundfesten die Reform, ist der Totschlag doch weiterhin negativ definiert als Form der Tötung, die die speziellen, den Mord charakterisierenden Merkmale nicht aufweist.<sup>152</sup> Da der heutige Wortlaut der §§ 211, 212 StGB im Wesentlichen auf die Fassung von 1941 zurückgeht, findet sich auch heute noch diese Negativdefinition des Totschlags, bzw. des Totschlägers.

#### aa) Tätertypenlehre

Die neue Unterscheidungskonzeption, in der nach Tätern, deren Willen und Wesen differenziert wurde, geht auf die im Strafrecht des Nationalsozialismus generell, aber vor allem in den Tötungsdelikten präsente sog. Tätertypenlehre zurück.<sup>153</sup> Diese hat ihren Ursprung im Kriegsstrafrecht und der mit diesem einhergegangenen Fülle an neuen Straftatbeständen, von denen eine Vielzahl mit hohen Strafen bedroht waren, nicht unerheblich wenige sogar mit dem Tode.<sup>154</sup> Um nun „würdige“ Individuen (Täter), die ein Teil der Volksgemeinschaft waren, nicht „ungerechterweise“ durch lange Freiheitsstrafen oder gar die Todesstrafe aus dieser auszuschließen, musste die Rechtsprechung auf die Rechtsfigur des „normativen Tätertyps“<sup>155</sup> zurückgreifen.

Im Vorfeld der Reform, am 24. Mai 1941, übersandte der damalige Reichsjustizminister *Schlegelberger* einen in seinem Ministerium ausgearbeiteten Entwurf an mehrere hochrangige Akteure des nationalsozialistischen Machtapparats. Hinsichtlich der Mordvorschrift entsprach dieser Entwurf der später verabschiedeten Fassung. Hier wird die Wortlautänderung des Mordparagrafen und die damit verbundene Abkehr vom Psychologismus des Prämeditationskonzepts mit den Worten begründet, das Merkmal der Überlegung mache es unmöglich, „die Tat nach anderen Gesichtspunkten zu werten“<sup>156</sup>. *Freisler* beschrieb sehr klar die Reaktion des nationalsozialistischen Gesetzgebers auf dieses „Problem“: Der Richter sei nicht gezwungen, bei Einschlägigkeit eines in § 211 Abs. 2 RStGB genannten Merkmals, den Täter als Mörder zu verurteilen. Andersherum stehe es dem Richter ebenfalls frei, einen Mord auch bei Nichtvorliegen eines Mordmerkmals anzunehmen, wenn eine Gesamtschau der Persönlichkeit des Täters ergibt, dass dieser seinem Wesen nach ein „Mörder“ sei.<sup>157</sup> Strafbegründend war also nicht mehr die durch die Merkmalskasuistik des Absatzes zwei charakterisierte besonders verwerfliche Tötung, sondern das „Mörder sein“<sup>158</sup>, das losgelöst von der eigentlichen Tat vorliegen konnte. Wenn man also die § 211 Abs. 1 und Abs. 2 RStGB nach den Vertretern der Tätertypenlehre gewichten würde, käme Abs.1 deutlich größere Bedeutung zu.<sup>159</sup>

<sup>151</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>152</sup> Schon früher war der Totschlag die Tötung, die die für den Mord relevante Überlegung vermissen ließ, ab 1941 war Totschläger derjenige, der tötete, ohne eines der in § 211 RStGB genannten Merkmale aufzuweisen. Die negative Definition des Totschlags als Nicht-Mord (des Totschlägers als Nicht-Mörder) lebte somit fort.

<sup>153</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 4; es gab aber nicht die eine Tätertypenlehre, vielmehr wurden mehrere Versionen vertreten, andererseits gab es auch Stimmen, die die Lehre ablehnten. Dem ist jedoch nicht zu folgen, ist doch der Wortlaut des Mordparagrafen („Mörder ist, ...“) klar Ausfluss einer Tätertypenlehre. Auf die vielen Ansichten kann aus Platzgründen nicht eingegangen werden, ausführlich *Plüss*, S. 48–74, 212.

<sup>154</sup> *Frommel*, JZ 1980, 559 (560).

<sup>155</sup> *Frommel*, JZ 1980, 559 (560).

<sup>156</sup> So *Schlegelberger* in der Begründung des Entwurfs, abgedruckt bei *Plüss*, S. 288.

<sup>157</sup> *Freisler*, DJ 1941, 929 (935).

<sup>158</sup> *Preschany*, KriPoZ 2023, 267 (269); so auch *Dahm*, DR 1942, 401 (404 f.).

<sup>159</sup> *Thomas*, S. 260.

Die in § 211 Abs. 2 RStGB aufgezählten Merkmale sollten den Tätertyp „Mörder“ nur beispielhaft veranschaulichen.<sup>160</sup> Der Merkmalskatalog war also weder zwingend in die eine noch abschließend in die andere Richtung.<sup>161</sup> Gerade durch die sonstigen niederen Beweggründe auf Täter- und die gemeingefährlichen Mittel auf Tatseite machen sich die gesetzgeberischen Bemühungen bemerkbar, den Wortlaut für dieses Verständnis flexibel zu gestalten.<sup>162</sup> Das neu geschaffene Täterstrafrecht war damit also ein Willens-, bzw. Wesensstrafrecht.<sup>163</sup> Es war möglich, mehr noch, es war erklärtes Ziel der Tätertypenlehre, sachfremde Erwägungen in der richterlichen Beurteilung zuzulassen.<sup>164</sup>

Warum war derartiges vor noch nicht einmal 90 Jahren möglich? Schließlich war Rechtssicherheit bereits ein fest verankerter Begriff des Rechts, am deutlichsten in der in Artikel 116 Weimarer Reichsverfassung festgeschriebenen Gesetzesbindung. Dies scheint die Reform 1941 zu ignorieren, was aber nach zeitgenössischem Verständnis möglich war. Die angesprochene Gesetzesbindung wurde (zusammen mit dem Analogieverbot) nämlich bereits 1935 aufgehoben. Seitdem konnte ein Verhalten auch dann bestraft werden, wenn keine Regelung seine Strafwürdigkeit normierte, es aber „nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung [verdiente]“<sup>165</sup>. Maßgebliche Frage war nun, ob der Täter den mit seinem Wesen verbundenen Willen hatte, der Volksgemeinschaft zu schaden.<sup>166</sup> Losgelöst von dieser abstrakten Beschreibung der Tätertypenlehre und ihrer Anwendung in der Praxis lässt sich ihre eigentliche Funktion in einem Satz zusammenfassen: Sie hatte den Zweck, „Feindbilder zu legitimieren und volkstümliche Vorurteile ins Strafrecht zu transportieren“<sup>167</sup>. Eine derart ideologisch konzipierte Norm bedurfte Anwender, die ideologisch, gedanklich und interessentechnisch mit dem Normgeber übereinstimmten.<sup>168</sup> Im Folgenden wird daher die Rechtsprechung der Zeit untersucht.

#### *bb) Der reformierte Mordparagraph in der nationalsozialistischen Rechtsprechung*

Die fundamentale Umwälzung des Strafrechts durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber ließ auch die Rechtsprechung nicht unberührt. Diese machte in Bezug auf die neue Mordregelung in der Zeit von 1941 bis Kriegsende eine Entwicklung durch, die im Folgenden exemplarisch anhand dreier Entscheidungen des Reichsgerichts nachgezeichnet werden soll und eine bezeichnend klare Chronologie ergibt.

Das erste Urteil stammt vom 27. November 1942 und beschäftigt sich eingehend mit dem Verhältnis von § 211 Abs. 1 und Abs. 2 RStGB.<sup>169</sup> Während die verbreitete Tätertypenlehre von einer Dominanz des Absatzes eins über den Absatz zwei ausgeht, betont besagtes Urteil allerdings (noch) die Priorität des Absatzes zwei: § 211 Abs. 1 RStGB sei für die Auslegung und Interpretation der Merkmalskaskadistik des Absatzes zwei von geringem Nutzen, vielmehr erläutere § 211 Abs. 2 RStGB den „Mörder“ des § 211 Abs. 1 RStGB.<sup>170</sup> Gleichwohl betont die Entscheidung, dass das Vorliegen eines Mordmerkmals nicht allein objektiv nach äußeren Umständen zu bestimmen

<sup>160</sup> Frommel, JZ 1980, 559 (560).

<sup>161</sup> Preschany, KriPoZ 2023, 267 (269); Eser, D 33.

<sup>162</sup> Eser, D 33.

<sup>163</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. § 211 Rn. 118; Preschany, KriPoZ 2023, 267 (269).

<sup>164</sup> Wittwer/Schäfer/Frewer, Handbuch Sterben und Tod, Geschichte – Theorie – Ethik, 2. Aufl. (2020), S. 418.

<sup>165</sup> Geschehen durch eine Änderung von § 2 RStGB, RGBl. I 1935, S. 389.

<sup>166</sup> Plüss, S. 49.

<sup>167</sup> Derart treffend bringt dies Frommel, JZ 1980, 559 (561) auf den Punkt.

<sup>168</sup> Thomas, S. 265.

<sup>169</sup> Gemeint ist das Urteil RGSt 76, 297.

<sup>170</sup> RGSt 76, 297 (299).

sei, vielmehr die „Gesamtpersönlichkeit des Täters“<sup>171</sup> zusätzlich, jedoch nur bei der Auslegung des Merkmalskatalogs, in Betracht zu ziehen sei. Dies ist der springende Punkt des Urteils: Zwar wurde auch hier von den Richtern die Täterpersönlichkeit hinzugezogen, jedoch nur „sekundär“, als Auslegungsrichtschnur. Dadurch sieht die Entscheidung die Kasuistik des § 211 Abs. 2 RStGB als primär und bindend an, stellt sich somit (noch) entschieden gegen die vom nationalsozialistischen Gesetzgeber beabsichtigte Dominanz des Absatzes eins.<sup>172</sup> Zu betonen ist also, dass die oben dargestellte Tätertypenlehre keineswegs allgemein anerkannt war, sich vielmehr auch zeitgenössischer und höchstrichterlicher Kritik ausgesetzt sah. Diese Linie ist in der Rechtsprechung allerdings nur für eine kurze Zeit zu bemerken, schnell setzt ein Aufweichen zugunsten des gesetzgeberischen (nationalsozialistischen) Willens ein.

So begab sich die Judikative bereits 1943 auf die Linie des neugeschaffenen Täter-, bzw. Willensstrafrechts. Im Folgenden entsteht die sog. „lebens- und [volksnahe] Rechtsprechung“<sup>173</sup>, als die sich die Judikatur von nun an verstand. Es kam nun einzig und allein darauf an, „wie Tat und Täter vom Standpunkt des gesunden Volksempfindens aus sittlich zu bewerten sind“<sup>174</sup>. Klar ist hier eine Fortbewegung vom Ansatz des ersten Urteils (Gesamtpersönlichkeit lediglich als Interpretations- und Auslegungsrichtlinie) zu erkennen. Die schwammigen Begrifflichkeiten „gesundes Volksempfinden“ und „sittliche Bewertung der Tat“ machten den Mordparagraphen (und nebenbei die Judikative) für ideologisch geleitete Willkür zugänglich, ganz nach dem Willen der nationalsozialistischen Legislative. Es „[manifestierte] sich die vom Gesetzgeber beabsichtigte Auflockerung des Tatbestands und die damit verbundene Ausrichtung des dem Führerbefehl folgenden Richterstands [...] in der konkreten Rechtsanwendung“<sup>175</sup>.

Zuletzt wird auf RGSt 77, 286 Bezug genommen. Das Landgericht, dem sich das Reichsgericht anschloss, hatte durch eine Analogie zu Ungunsten (!) der Angeklagten Mord mit der Begründung angenommen, die andere in Betracht kommende Bestrafung als Anstifterin zum Totschlag „erschöpfe nicht den Unrechtsgehalt ihrer Tat und befriedige nicht das gesunde Volksempfinden“<sup>176</sup>. Das Urteil zeigt in besonderer Klarheit die „verhängnisvolle Konsequenz einer auf Auflockerung der Tatbestände und Verwendung ‚normativer Tätertypen‘ gerichteten Gesetzgebung“<sup>177</sup>. Das deshalb, weil es gänzlich auf die von Subsumtion geprägte Herausarbeitung des Vorliegens eines Mordmerkmals verzichtet, festgestellt wurde lediglich die „besondere Verwerflichkeit der Tötung“<sup>178</sup>, infolge derer die Angeklagte als Mörderin zu bestrafen sei.

### c) Zwischenfazit

Der nationalsozialistische Gesetzgeber schuf 1941 einen grundlegend neuen Mordparagraphen. Hierbei griff er – ideologisch günstig – auf ein bereits aus germanischen Zeiten bekanntes Modell der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zurück, wobei der neue Paragraph auch maßgeblich durch einen Vorentwurf zum Schweizer Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1893 beeinflusst war, vor allem, was die einzelnen Mordmerkmale anging. Neuartig

<sup>171</sup> RGSt 76, 297 (299).

<sup>172</sup> Thomas, S. 267.

<sup>173</sup> RGSt 77, 41 (43); so auch Steinberg, Deutsche Strafrechtsgeschichte, 2023, Rn. 164.

<sup>174</sup> RGSt 77, 41 (44).

<sup>175</sup> Die Entwicklung derart treffend beschreibend Thomas, S. 268.

<sup>176</sup> RGSt 77, 286.

<sup>177</sup> Thomas, S. 272.

<sup>178</sup> RGSt 77, 286 (288 f.).

war auch die der Regelung zugrunde gelegte Tätertypenlehre, womit ein Willens- und Gewissensstrafrecht etabliert wurde. Dieses mündete schließlich in einer „lebens- und [volksnahen] Rechtsprechung“<sup>179</sup>, die auf der Willkür einer unbegrenzten Auslegung fußte. Allein nach dem ideengeschichtlichen Ursprung ist der neugeschaffene Mordparagraph zunächst keine Schöpfung der Nationalsozialisten. Erst die Tätertypenlehre und deren nationalsozialistisches Auslegungskonzept band die Mordregelung in einen nationalsozialistischen Kontext ein.<sup>180</sup>

#### 4. Die Nachkriegszeit

Die Zeit nach 1945 stellte für den Mordtatbestand eine Phase der rechtlichen Neuorientierung dar, in der besonders die Frage nach dem Fortbestand und der Auslegung der bestehenden strafrechtlichen Regelungen von Bedeutung war. Nachfolgend soll die Mordstrafbarkeit sowohl in der Bundesrepublik als auch in der Deutschen Demokratischen Republik betrachtet werden, den letzten Teil bildet die Frage, weshalb Mord nicht verjährt.

##### a) Die Bundesrepublik Deutschland

Der Nachkriegsgesetzgeber hielt an der in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wiederaufgenommenen und fortentwickelten Verwerflichkeitskasuistik des Mordparagraphen fest<sup>181</sup>, wobei die Frage nach nationalsozialistischem Gedankengut im Recht von zentraler Bedeutung war, sowohl in Legislative, als auch in Judikative.

##### aa) Die Legislative der Nachkriegszeit

Mit Artikel II Abs. 2 des Kontrollratsgesetzes Nr. 11 vom 30.1.1946 hob der Alliierte Kontrollrat zwar § 1 der Novelle von 1941 auf, § 2, der den Wortlaut des § 211 RStGB änderte, ließ er aber bestehen, was darauf schließen lässt, dass der Kontrollrat im geänderten Wortlaut kein nationalsozialistisches Gedankengut verwurzelt sah. Ähnlich handelte das dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 04.08.1953, mit dem auf Rechtsfolgende die schon durch Art 102 GG abgeschaffte Todesstrafe durch lebenslängliches Zuchthaus (nun auch wortlauttechnisch) ersetzt wurde.<sup>182</sup> Der privilegierende Absatz drei wurde ebenfalls gestrichen, ansonsten blieb der Wortlaut unberührt. 1969 wurde die lebenslange Zuchthaus- durch lebenslängliche Freiheitsstrafe ersetzt.<sup>183</sup> Schließlich spricht auch die gänzliche Neubekanntmachung des StGB aufgrund von Artikel 323 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum StGB<sup>184</sup> zum 2.1.1975 dafür, dass der nachkonstitutionelle Gesetzgeber den Wortlaut von § 211 RStGB kein nationalsozialistisches Gedankengut enthalten sah und diesen beibehalten möchte.<sup>185</sup>

##### bb) Die Judikative der Nachkriegszeit

Auf dieser Linie bewegte sich auch die Judikative der Nachkriegszeit, auch sie sprach die 1941 erneuerte Mord-

<sup>179</sup> RGSt 77, 41 (43); so auch Steinberg, Rn. 164.

<sup>180</sup> Müssig, S. 89.

<sup>181</sup> Kurz wurde über eine Rückkehr zum Prämeditationskonzept nachgedacht, dies wurde aber mit überwältigender Mehrheit abgelehnt, ausführlich bei Etzel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, S. 185 f.

<sup>182</sup> Die Deutsche Demokratische Republik schaffte die Todesstrafe erst 1987 ab, Kuhli, Geschichte des Strafrechts – Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, 2025, Rn. 170.

<sup>183</sup> Sternberg-Lieben/Steinberg, in: TüKo-StGB, 31. Aufl. (2025), § 211, Rn. 7.

<sup>184</sup> BGBl. I 1974, S. 469.

<sup>185</sup> BGBl. I 1975, S. 1; so auch BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, juris, Rn. 134.



vorschrift bzgl. der Frage nach nationalsozialistischem Gedankengut frei. Betrachtet wird hierzu die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof für die britische Besatzungszone<sup>186</sup>, des *BGH* und des *BVerfG*.

Der OGHBrZ ging in seinen Urteilsbegründungen auf den historischen Hintergrund der Novelle (Vorentwurf von *Carl Stooss*, germanischer Ursprung der Verwerflichkeitskasuistik des neuen § 211 RStGB) ein.<sup>187</sup> Die Änderung von 1941 sei das Ergebnis einer schon vor 1933 einsetzenden Entwicklung gewesen, damit kein reines „Nazirecht“.<sup>188</sup> Er führte weiter aus, dass sich allein aus dem Zeitpunkt der Reform keine nationalsozialistische Provenienz ableiten ließe.<sup>189</sup> Die Rechtssicherheit, die zwischen 1941 und 1945 verloren ging, wurde wiederhergestellt, indem man § 211 Abs. 2 StGB für abschließend erklärte.<sup>190</sup>

Auch der *BGH* entschied, dass der Merkmalskasuistik des § 211 Abs. 2 StGB bzgl. der Frage, wer als „Mörder“ zu bestrafen sei, abschließende Priorität gegenüber § 211 Abs. 1 StGB zukam.<sup>191</sup> Ausdrücklich bezeichnet er die Meinung, wonach der Absatz zwei lediglich nicht abschließende Regelbeispiele aufführe, als offensichtlich falsch und mit dem Wortlaut des Absatzes zwei nicht vereinbar.<sup>192</sup> Auch das *BVerfG* hatte sich mit § 211 StGB und dessen Vergangenheit zu beschäftigen. Es führte in einer Entscheidung, in der sowohl die Merkmale Heimtücke und Verdeckungsabsicht als auch die lebenslange Freiheitsstrafe auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand standen, folgendes aus: In der Nachkriegszeit sei der § 211 StGB zwar durchaus modifiziert worden, der eigentliche Wortlaut des Tatbestands blieb aber stets unangetastet. Dies spricht laut dem *BVerfG* dafür, dass der 1941 geschaffene Wortlaut vom bundesdeutschen Gesetzgeber in seinen Willen aufgenommen wurde.<sup>193</sup> Nebenbei bejahte das *BVerfG* die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit dem Argument, bei restriktiver Auslegung der Merkmale verbleibe die Möglichkeit, eine verhältnismäßige Entscheidung zu treffen.<sup>194</sup>

#### cc) Die Wissenschaft der Nachkriegszeit

Die Tätersystemlehre, die den § 211 RStGB erst zu „Nazirecht“ machte, wurde in der Nachkriegszeit ebenfalls flächendeckend abgelehnt. Als dem „[Strafrecht] völlig wesensfremd“<sup>195</sup> stelle sie den Richter über das Gesetz, indem dieser im Einzelfall zu bestimmen hatte, wer „Mörder“ war. Das „Nazirecht“ des Mordparagraphen wohnte diesem somit nicht inne, haftete ihm vielmehr in Gestalt der Tätersystemlehre lediglich an, bedingt noch durch nationalsozialistische Ideologie und einer an sie gekoppelten Praxis. Dies ist ein weiterer Punkt, weshalb es keiner Wortlautkorrektur bedurfte: Indem mit der Tätersystemlehre das Gesinnungs-, bzw. Täterstrafrecht verschwand, wurde die dem § 211 StGB zwar nicht innewohnende, jedoch anhaftende nationalsozialistische Ideologie verbannt. Gleichzeitige Folge hiervon war die Abkehr vom Gesinnungs-, bzw. Täterstrafrecht hin zu einem strikt tatbezogenen Strafrecht.<sup>196</sup>

<sup>186</sup> Wirkte von März 1948 bis September 1950, *Hinz*, SchlHA 2015, 47 (56); folgend nur noch OGHBrZ.

<sup>187</sup> OGHSt 1, 74 (76 f.).

<sup>188</sup> OGHSt 1, 95 (98).

<sup>189</sup> So auch *Hinz*, SchlHA 2015, 47 (48).

<sup>190</sup> OGHSt 1, 74 (77 f.).

<sup>191</sup> BGHSt 9, 385 (388).

<sup>192</sup> BGHSt 9, 385 (388).

<sup>193</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, vor § 211, Rn. 120; *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, juris, Rn. 132.

<sup>194</sup> *BVerfG*, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, juris, Rn. 229.

<sup>195</sup> *Stock*, südDJZ 1947, 529 (530); so auch *Schroder*, südDJZ 1950, 560 (565).

<sup>196</sup> *Wania*, strafR Lebensschutz, 97 (107); *Plüss*, S. 237.

### *b) Die Deutsche Demokratische Republik*

Das Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik regelte den Mord in § 112. Dieser unterschied sich fundamental vom westdeutschen § 211 StGB. Während in letztgenannter Regelung die Verwerflichkeitskaskadistik von 1941 fortlebt, ging ihr ostdeutsches Gegenüber gewissermaßen einen Schritt in die entgegengesetzte Richtung und auf eine prämeditative Konzeption der Tötungsdelikte zu: Mord war die vorsätzliche Tötung, Totschlag die vorsätzliche Tötung unter Hinzutreten von gewissen privilegierenden Umständen. Zwar wurde damit das Überlegungsmerkmal des 19. Jahrhunderts nicht gänzlich übernommen, doch waren seine unverkennbaren Grundzüge durchaus präsent. Entsprechend führte der einzige (weil staatliche) Kommentar zum Strafgesetzbuch zum Mord aus, dass es für die Schwere der Schuld des Täters „von Bedeutung sein [kann], ob er den Tötungsentschluss [...] spontan fasst und umgehend realisiert oder ob er die Tat [...] langfristig plant, u. U. Überlegungen zur zweckmäßigen Ausführung der Tat anstellt“<sup>197</sup>. Mit der Wiedervereinigung entfaltete dann allerdings das Strafgesetzbuch der Bundesrepublik deutschlandweit Geltung.

### *c) Der Mordparagraph und die Verjährung*

§ 78 Abs. 2 des Strafgesetzbuches statuiert heute, dass Mord nicht verjährt. Das war nicht immer so, seit 1960 wurde die Thematik der Verjährung von Mord kontrovers diskutiert.<sup>198</sup> Grund für diese Debatten waren Verbrechen in der Zeit des NS-Regimes. Hier auf eine Verfolgung wegen Verjährung verzichten zu müssen wäre unzumutbar gewesen.<sup>199</sup>

1979 führte man daher mit dem 16. Strafrechtsänderungsgesetz die Unverjährbarkeit des Mordes ein.<sup>200</sup> Alle Morde, die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verjährt waren, sind vom Verjährungsausschluss erfasst, Art. 2 des 16. Strafrechtsänderungsgesetzes. Damit war die Verfolgung nationalsozialistischer Verbrechen, die in die Verjährung zu rutschen drohten, weiter möglich.<sup>201</sup>

## **III. Schluss**

Die vorangegangene Arbeit hatte das Ziel, die historische Entwicklung des Mordparagraphen nachzuzeichnen. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass man bereits in frühen Rechtskulturen versuchte, schwere von weniger schweren Tötungen zu unterscheiden<sup>202</sup>. Gleichwohl zeigte sich von Beginn an, dass die Frage nach dem, was einen Mord von anderen (vorsätzlichen) Tötungsformen abhob, nicht einheitlich beantwortet werden konnte.

Der antik-historische Überblick verdeutlichte zunächst, dass zwischen zwei grundlegenden Abgrenzungsmodellen unterschieden wurde: Einem psychologisch geprägten Prämeditationsmodell römischen Ursprungs und einem an Verwerflichkeitsgesichtspunkten orientierten Konzept germanischer Provenienz. Während letztgenanntes Konzept noch das Recht des Mittelalters prägte, fand in der Frühen Neuzeit (beflügelt durch die Rezeption des römi-

<sup>197</sup> Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik Kommentar, 5. Aufl. (1987), § 112 Abschn. 4.

<sup>198</sup> Greger/Weingarten, in: LK-StGB, vor § 78 Rn. 1 a.

<sup>199</sup> Greger/Weingarten, in: LK-StGB, vor § 78 Rn. 1 a.

<sup>200</sup> BGBl. I 1979, S. 1046.

<sup>201</sup> Eingehend zur Unverjährbarkeit bzgl. des Nationalsozialismus Greger/Weingarten, in: LK-StGB, § 78 Rn. 5 ff.

<sup>202</sup> So auch Kreuzer, NK 2016, 307 (311).



schen Rechts) das Prämeditationskonzept Einzug in den deutschen Rechtsraum, wo es insbesondere mit der Carolina 1532 reichsweite Geltung erlangte.

Grundsätzlich haftete dem Überlegungsmerkmal aber eine gewisse Begrenztheit bzgl. der Fähigkeit der Erfassung des unterschiedlichen Unrechtsgehalts verschiedener Tötungshandlungen an. Nicht zuletzt waren auch die Bezugspunkte des Merkmals umstritten. Während die durch die Revolutionsgesetzgebung Frankreichs und die Aufklärung beeinflusste Partikulargesetzgebungen des 19. Jahrhunderts und ihr folgend das RStGB von 1872 versuchten, diesen Problemen durch begriffliche Schärfe und Präzisierungen, sowie einem Umdenken auf Rechtsfolgende entgegenzuwirken, vermochte sie die grundlegenden Schwächen des Prämeditationskonzeptes nicht zu beseitigen. Die anhaltende Diskussion um Inhalt und Umfang der Überlegung machte deutlich, dass dieses Merkmal weder ein verlässliches Kriterium für gesteigerte Verwerflichkeit noch eine tragfähige Grundlage für eine absolute Strafandrohung war. Der Reformbedarf war unübersehbar, 1941 schließlich fand die Überlegung als das den Mord begründende Kriterium ihr Ende und wich einem kasuistischen Katalog an Verwerflichkeitskriterien. Vor dem Hintergrund des zuvor Gesagten erscheint die Reform von 1941 allerdings weniger als ein radikaler Bruch, sondern vielmehr als der Endpunkt einer langen, kritischen Entwicklung weg vom Prämeditationskonzept. 1941 besann sich der (nationalsozialistische) Gesetzgeber deshalb auf den aus den germanischen Volksrechten bekannten Ansatz zurück, nahm aber zugleich Vorarbeiten aus der Schweiz auf. Trotz der die Reform begleitenden Instrumentalisierung und dem Missbrauch durch den Nationalsozialismus darf der 1941 geschaffene und im Wesentlichen bis heute fortgeltende § 211 RStGB daher nicht mit dem bloßen Verweis auf die Zeit seiner Entstehung als „Nazirecht“ abgetan werden.

Insgesamt zeigte die Arbeit, dass die Geschichte des Mordparagraphen weniger von linearem Fortschritt als vielmehr von wiederkehrenden Spannungen und Diskussionen geprägt ist. Dadurch entsteht das Bild einer dynamischen, nie wirklich „ruhenden“ Norm. Die Zukunft wird zeigen, wie sie sich im gesellschaftspolitischen Fluss unserer Zeit fortentwickelt, man denke nur an die derzeit diskutierten Überlegungen, geschlechtsspezifisch motivierte Tötungen in Gestalt eines eigenständigen „Femizid-Merkmals“ ausdrücklich strafrechtlich zu erfassen. Die Dynamik des § 211 StGB scheint ungebrochen, seine Geschichte ist noch nicht zu Ende.

*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>.*