

3. Das nationalsozialistische Gedankengut – Zusammenfassung	69
C. Analyse der Judikatur nach 1945	72
I. Gang der Untersuchung	72
II. Allgemeine Feststellungen	73
1. Rückwirkungsverbot: Welcher Mordparagraph ist anzuwenden?	74
2. Lex specialis: Mord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit?	75
III. Die Mordmerkmale in der Rechtsprechung	77
1. Beweggründe – Gruppe 1	77
a) Mordlust	77
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	78
(1) Lust als sexuelles Streben	78
(2) Mordlust als anlasslose Tötung	78
(3) Mordlust als unnatürliche Freude	79
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	80
(1) Unnatürliche Freude als pathologischer Defekt	81
(2) Mordlust als anlasslose Tötung	81
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	82
dd) Ein der kriminologischen Tätertypenlehre verpflichtetes Mordmerkmal – Fazit	83
b) Befriedigung des Geschlechtstrieb	84
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	85
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	86
(1) Abgestufte Verwerflichkeit bei bedingtem Vorsatz	86
(2) Begehung durch Sittlichkeitsverbrecher	88
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	89
dd) Ein Merkmal frei von nationalsozialistischem Gedankengut – Fazit	91
c) Habgier	92
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	93
(1) Rücksichtslose Bereicherungsabsicht um jeden Preis	93
(2) Tötung mit anschließender Bereicherung	95
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	96
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	99
(1) Restriktion des Merkmals durch Bewusstseinsdominanz	100
(2) Der innere Zusammenhang von Tötung und Bereicherung	101
dd) Habgier ist ein echter niedriger Beweggrund – Fazit	102
d) Sonst niedrige Beweggründe	103
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	105
(1) Die Bedeutung der Persönlichkeit des Täters	105

(2) Der Bewertungsmaßstab	109
(a) Kontextualisierung der Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen	109
(b) Die Beurteilung überzeugter Nationalsozialisten	112
(aa) Dogmatische Herleitung der Ablehnung niedriger Beweggründe	114
(bb) Mordverurteilungen von Überzeugungstätern	115
(c) Eigenmächtige Tötungen	117
(d) Tötung des Feindes in den eigenen Reihen	118
(e) Tötungen aus Eigensucht	119
(f) Tötungen aus Eifersucht	120
(3) Zusammenfassung	121
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	122
(1) Die Bedeutung der Persönlichkeit des Täters	122
(2) Nationalsozialistische Verbrechen	125
(a) Mitwirkung innerhalb des Systems	125
(b) Eigenverantwortliche Tötungen	128
(3) Der Bewertungsmaßstab	130
(a) Eifersucht	130
(b) Die Wahrung allgemeiner Interessen	131
(c) Eigensüchtige Taten	132
(4) Zusammenfassung	134
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	135
(1) Die Bedeutung der Persönlichkeit des Täters	135
(2) Taten aus rassistischem Hass	137
(3) Eigensüchtige Taten als Maßstab niedriger Beweggründe	139
(4) Nachvollziehbare Tatantriebe	142
(5) Zusammenfassung am Beispiel von Eifersuchtstaten	143
dd) Sonst niedrige Beweggründe, die freie Rechtsfindung durch den Richter – Fazit	145
2. Ausführungsarten – Gruppe 2	149
a) Heimtücke	150
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	151
(1) Eine besonders verwerfliche Gesinnung	151
(2) Ablehnung der Gesinnung als Tatbestandsmerkmal durch den BGH	152
(3) Die Enttäuschung berechtigten Vertrauens	154
(4) Das Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit	156
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	159
(1) Heimtücke setzt kein Vertrauen voraus – Ein neues Verständnis	160
(2) Feindliche Willensrichtung und besondere Verwerflichkeit	162

(3) Die Bedeutung des Ausnutzungsbewusstseins	164
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	166
(1) Anforderungen an Arglosigkeit	167
(2) Normativierung der feindlichen Willensrichtung	168
(3) Die Bedeutung des Ausnutzungsbewusstseins	170
dd) Heimtücke als Tathandlung mit Gesinnungsbewertung – Fazit	173
b) Grausam	177
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	179
(1) Die grausame Gesinnung	179
(2) Grausamkeit als Wertbegriff	180
(3) Das Zufügen übermäßiger Qualen	183
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	185
(1) Die grausame Gesinnung	185
(2) Grausamkeit als Wertbegriff	187
(3) Das Zufügen übermäßiger Qualen	189
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	190
(1) Die grausame Gesinnung	190
(2) Das erforderliche einheitliche Tatgeschehen	191
(3) Grausamkeit als Wertbegriff	193
dd) Grausamkeit verkörpert NS-Gedankengut – Fazit	194
c) Gemeingefährliche Mittel	196
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	197
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	197
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	199
dd) Gemeingefährliche Mittel sind frei von NS-Gedankengut – Fazit	200
3. Zielsetzung – Gruppe 3	201
a) Ermöglichung einer anderen Straftat	201
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	202
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	204
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	205
dd) Ermöglichung anderer Mordmerkmale ohne NS-Gedankengut – Fazit	207
b) Verdeckung einer anderen Straftat	208
aa) Judikatur der Nachkriegszeit 1945–1960	209
bb) Judikatur der BRD 1960–1990	211
(1) Der 2. Strafsenat und die Verhältnismäßigkeit	212
(2) Verdeckungsabsicht als niedriger Beweggrund	215
cc) Judikatur der gesamtdeutschen Bundesrepublik 1990–2023	217
(1) Keine Prüfung der Verhältnismäßigkeit	218
(2) Weite Merkmalsauslegung	220

Inhaltsverzeichnis	11
dd) Verdeckungsabsicht setzt eine gesonderte Verwerflichkeit voraus – Fazit	222
IV. Zusammenfassung	224
D. Schlussbetrachtung	230
Literaturverzeichnis	233
Rechtsprechungsverzeichnis	247
Stichwortverzeichnis	397

A. Einführung*

Der Mordparagraph im deutschen Strafgesetzbuch existiert in seiner heutigen Form im Wesentlichen unverändert seit über 80 Jahren.¹ Er wurde als Teil der Neugestaltung des Strafrechts im Dritten Reich erlassen. Die damalige Reform hatte das Ziel, das Rechtssystem den ideologischen Vorgaben des Nationalsozialismus anzupassen. Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges steht die historische Verbindung zur NS-Zeit in der Kritik. Die Kritikpunkte sind sowohl dogmatisch als auch inhaltlich. Die Mordmerkmale seien unscharf gefasst, was die Abgrenzung von Mord und Totschlag erschwere. Tatsächlich wird die Auslegung der Merkmale in der juristischen Literatur und Rechtsprechung bis heute diskutiert, da einige Mordmerkmale stark wertende Elemente enthalten und einer subjektiven Interpretation zugänglich sind. Auch die Formulierung des Tatbestands, der nicht die Tat, sondern den Täter beschreibt („Der Mörder wird...“ bzw. „Mörder ist wer...“), wird vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Entstehungsgeschichte beanstanden, da die Gesetzgebung im Dritten Reich ideologisch stark beeinflusst war.²

In regelmäßigen Abständen wurden daher Versuche unternommen, den heutigen § 211 StGB zu reformieren. So setzte im Jahr 2014 der damalige Justizminister Heiko Maas eine Expertengruppe aus Strafrechtsprofessoren, Richtern und Staatsanwälten ein, die Vorschläge zur Reformierung der Mord- und Totschlagparagrafen entwickeln sollte. Die vorgelegten Ergebnisse wurden allerdings nicht gesetzgeberisch umgesetzt. Es ließ sich keine Einigung auf Koalitionsebene zwischen CDU/CSU und SPD finden.³ Die damals ausgetauschten Argumente werden auch heute noch vorgebracht. Der Mordtatbestand entstamme als Essenz nationalsozialistischen Strafrechts einem „gesinnungsethischen Täterstrafrecht“, sei auf einer Tätertypenlehre aufgebaut, die „im Widerspruch zum Geiste des Grundgesetzes“⁴

* Für die verwendeten Abkürzungen wird auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 11. Auflage 2024 verwiesen. Im Übrigen werden Zeitschriften im Literaturverzeichnis mit Vollnamen sowie der benutzen Abkürzung aufgeführt.

¹ Das Abschaffen der Todesstrafe durch das 3. StAG vom 04.08.1953 (BGBl. I, S. 735) hat die Tatbestandsvoraussetzungen des § 211 StGB und die Differenzierung zwischen Mord und Totschlag nicht verändert.

² M. w. N. Frommel, JZ 1980, S. 559 ff.

³ Eine Reform der Tötungsdelikte war im Koalitionsvertrag vom 17.12.2013 auch nicht verankert, <https://archiv.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt überprüft am 15. Oktober 2024). Dazu auch Bachmann, NJ 2014, S. 408.

⁴ Spoerrendonk, Recht und Politik 2014, S. 42; Maas, Recht und Politik 2014, S. 67; Streng, Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel, S. 52 ff.

stehe und dürfe daher nicht im bundesdeutschen StGB fortgelten.⁵ Ablehnend wird vorgebracht, dass eine Änderung des Mordparagraphen eine neue Gerichtspraxis nach sich ziehen würde, was Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung mit sich bringen könnte. Daher sei eine Neufassung des Tatbestands überflüssig, hätten die Gerichte doch inzwischen eine Rechtsprechung etabliert, die eine verfassungskonforme Auslegung des § 211 StGB ermögliche.⁶ Mitunter besteht auch die Sorge, dass mit der Reform der Tötungsdelikte die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft werden könnte.⁷ Ebenso wird argumentiert, die Formulierung des 1941 eingeführten Paragraphen habe gar keinen nationalsozialistischen Ursprung und stamme vielmehr aus einem Entwurf zum Schweizer Strafgesetzbuch von 1937.⁸

Die offene Frage nach dem Grad der Verwurzelung nationalsozialistischen Gedankenguts im Mordtatbestand stellt bis heute die Grundlage der andauernden Diskussion dar. Es ist auch nicht abschließend geklärt, wer innerhalb des NS-Regimes als Autor oder inhaltlich verantwortliche Person anzusehen ist.⁹ Die Norm ähnelt dem Vorschlag von Carl Stooss zur Reformierung der schweizerischen Tötungstatbestände.¹⁰ Nach Kriegsende sahen deutsche Gerichte deswegen kein nationalsozialistisches Gedankengut in § 211 StGB enthalten.¹¹ Die Einführung der Norm im Jahr 1941 erfolgte jedoch innerhalb eines Täterstrafrechts, wohingegen die materielle Strafbarkeit heute maßgeblich an die verwirklichte Tat anknüpft. In ersterem bezieht sich Strafe auf die Persönlichkeit des Täters, seine antisoziale Einstellung gegenüber der Gesellschaft und eine allgemeine verwerfliche Gesinnung. Wenn in § 211 Absatz 1 StGB statt des Begehens eines Mordes vom „Mörder“ gesprochen wird, handelt es sich dabei nicht um eine bloße Formulierungsfrage. Es wird – jedenfalls auf den ersten Blick – ein Mörderotypus geschaffen. Das

⁵ Wolf, JuS 1996, S. 189 ff., mit der Forderung, es sei zum StGB von 1871 zurückzukehren; Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, S. 15.

⁶ Plüss, Der Mordparagraf in der NS Zeit, S. 3.

⁷ Rubach, Die Lehre vom Tätertyp, S. 11; In der Literatur befürwortend unter anderem Höffler/Kaspar, GA 2015, S. 453; Köhne, ZRP 2014, S. 22; Grünwald, JA 2012, S. 402; Laubenthal, Lebenslange Freiheitsstrafe, S. 274.

⁸ 1942 trat in der Schweiz ein gesamtschweizerisches Strafgesetzbuch in Kraft (BBl. 1918, IV 1 ff.). Der Art. 112 StGB-CH entspricht allerdings weder dem § 211 StGB, noch dem Entwurf zum schweizerischen Strafgesetzbuch, vgl. Stooss, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 2. Band, S. 3 ff. Diesen Entwurf bezeichnete Schönke als Grundlage für § 211 StGB, Schönke, StGB Kommentar 1944, S. 444.

⁹ Plüss, Der Mordparagraf in der NS Zeit, S. 2; Fischer, Völkisches Recht, Die ZEIT, 12.12.2013, S. 8; Demling, Wer ist der Mörder?, Spiegel online (URLs von Onlinequellen finden sich als exakte im Literaturverzeichnis wieder).

¹⁰ Stooss, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 2. Band, S. 3 ff.; ders., Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, S. 5.

¹¹ OGHBrZ, 24.08.1948 – StS 53/48, OGHS 1, S. 74, darin wird von einem Paragraphen gesprochen, der einer weit verbreiteten Strafrechtslehre entspringt, die kein nationalsozialistisches Gedankengut beinhaltet; Eser, DJT Gutachten, D 31; Schmidt, DRZ 1949, S. 201; Schönke, StGB Kommentar 1944, Vorbemerkung § 211 ff., Anmerkung I.

heutige Strafrecht besteht aus Regelungen, die eine Strafbarkeit an tatbestandlich umschriebene Handlungen knüpfen und damit eine Einzeltat statt der gesamten Lebensführung des Täters oder künftig erwartbaren Gefahren sanktionieren.¹² So wird, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wegen Diebstahls und nicht „als Dieb“ nach § 242 Absatz 1 StGB verurteilt. Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs ist ein Verhalten statt einer strafwürdigen Persönlichkeit.

Bundesjustizminister Marco Buschmann hat jedenfalls verlauten lassen, „unzeitgemäße Strafatbestände“ sprachlich anpassen zu wollen, wobei eine inhaltliche Änderung der Rechtslage damit nicht einhergehen soll.¹³ Damit meint er auch den Mordparagraphen. Viele kritische Stimmen würden erhört werden, wenn die Formulierung des § 211 StGB künftig lauten würde:

- (1) Ein Mord wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- (2) Einen Mord begeht, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, 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.

Das heutige Rechtsverständnis unterscheidet sich aber grundlegend von dem der NS-Zeit. Daher muss die Frage gestellt werden, ob eine rein sprachliche Anpassung ausreicht oder ob eine tiefer gehende strukturelle Reform des Mordtatbestands notwendig ist, um den aktuellen Anforderungen an ein modernes Strafrecht gerecht zu werden. Zusätzlich ist aus rechtshistorischer Perspektive interessant und untersuchenswert, inwiefern nationalsozialistisches Gedankengut nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges in der Rechtsprechung noch zur Anwendung gelangte und gegebenenfalls weitergegeben wurde.

Nach der nationalsozialistischen Gesetzeskonzeption sollte Mord im Gegensatz zum Totschlag die besonders verwerfliche Tötung sein.¹⁴ Der Begriff „Verwerflichkeit“ bezieht sich auf eine Eigenschaft oder einen Zustand, der moralisch oder

¹² Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, S. 271.

¹³ Bode, Von Mord und Totschlag bis Containern: Was wird nun aus dem Strafrecht?, Telepolis online.

¹⁴ In seinen ersten Entwurf eines Mordparagraphen hatte Roland Freisler den Begriff der Verwerflichkeit ausdrücklich aufgenommen, siehe Protokoll der 20. Sitzung der Strafrechtskommission vom 16. April 1934, S. 4–9, in: Schubert/Regge, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 1. Teil, S. 504 ff. Auch wenn Verwerflichkeit im abschließenden Entwurf der Strafrechtskommission nicht ausdrücklich als Unterscheidungskriterium von Mord und Totschlag benannt wurde, sollte sie dennoch als solches fungieren, vgl. Schäfer, DJ 1935, S. 954; Gleispach, in: Gürtnner, Kommendes Strafrecht BT, S. 257; Freisler, Das neue Strafrecht als nationalsozialistische Bekenntnis, in: Gürtnner/Freisler, Das neue Strafrecht: grundsätzliche Gedanken zum Geleit, S. 82 f.