

# MORDMERKMALE – GESCHICHTE, KONZEPTE UND REFORMÜBERLEGUNGEN

Stud. iur. Florian WANIA  
Justus-Liebig-Universität / Gießen

## I. EINLEITUNG

„Du sollst nicht töten“ – Die Bibel, 2. Mose 20,13.

Die vorsätzliche Vernichtung menschlichen Lebens durch den Menschen und die gesellschaftliche Reaktion darauf nimmt seit Beginn des sozial organisierten Zusammenlebens eine exponierte Stellung ein. Die menschliche Gemeinschaft erkennt und sanktioniert über historische und kulturelle Grenzen hinweg verwerfliche Tötungen.<sup>1</sup> Eine Vielzahl der heutigen Strafrechtssysteme kennt dabei nicht nur einen Tatbestand der vorsätzlichen Tötung.<sup>2</sup> Die sich aufgrund der Vielzahl zu berücksichtigender Tatmodalitäten und Motivlagen empfehlende Unwertdifferenzierung tritt in der deutschen Strafrechtsgeschichte und –gegenwart traditionell als Dichotomie von Mord (§ 211 StGB) und Totschlag (§ 212 StGB) auf.<sup>3</sup> Ungeachtet des hohen Ranges des Lebensschutzes<sup>4</sup> sowie der drohenden Rechtsfolgen besteht über die genaue Abgrenzung aber auch nach nahezu ein- einhalbtausendjähriger Unterscheidungsgeschichte Unklarheit.<sup>5</sup> Trotz oder gerade wegen ihrer Charakterisierung als „die zentrale Materie des Strafgesetzbuches“<sup>6</sup> waren Merkmale und Inhalt der Differenzierung oft grundlegenden Änderungen unterworfen. Die Auseinandersetzung mit diesen Veränderungen, ihren Konsequenzen sowie ihrer Abhängigkeit zu sozialen, weltanschaulichen und politischen Hintergründen ist nicht nur von rechtshistorischem Interesse. In Hinblick auf die heftig geführte Reformdiskussion<sup>7</sup> sind die Lehren aus der Geschichte der Norm von nicht zu überschätzender Aktualität.

---

1 Vgl. schon ca. 2100 v. Chr. Codex Ur-Nammu (Mesopotamien), erster Rechtssatz: „Wenn ein Mann einen Mord begangen hat, soll besagter Mann getötet werden“ [en.wikipedia.org-wiki-Code\_of\_Ur-Nammu] und ca. 700 v. Chr. Lex Numae (Rom) 16: „si quis hominem dolo sciens morti duit, paricidas esto“ [www2.tu-berlin.de-fb1-AGW-Auditorium-RomRecht-SO2-ArchRRex.htm]

2 ESER-KOCH ZStW 92, 496 ff; MSM BT I-1 § 2 Rn. 1; Sch-Sch-Eser Vorbem § 211 ff. Rn. 2; anders z.B. Dänemark, wo die Problematik mit einem einzelnen Tatbestand erfasst wird (§ 237 Straffeloven).

3 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 35; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 2; MÜSSIG, Mord und Totschlag S. 1; Wes-sels-Hettinger BT-1 Rn. 71.

4 Art. 2 II 1 GG; Art. 2 EMRK; Art. 6 I ICCPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte-IPbPR); BVerfGE 46, 164.

5 v. HOLTZENDORFF 1875 S. 244; KÜPPER FS Kriele S. 778; RÜPING JZ 1979 S. 617.

6 THOMAS Mordparagraph S. 1.

7 Insbesondere seit BVerfGE 45, 187.

Diese Arbeit soll die wesentlichen Schritte in der Entwicklung der Abgrenzung von Mord und Totschlag in Deutschland und ihre Hintergründe darlegen. Anknüpfungspunkt ist die Rechtslage seit dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Zunächst werden die beiden dominanten Abgrenzungskonzepte und ihre Entwicklung dargestellt. Anschließend sind die Hintergründe der ursprünglichen Konzeption des RStGB 1871, insbesondere das auf *Feuerbach* zurückgehende bayerische StGB von 1813, Gegenstand der Arbeit. Danach wird die Kritik an der Konzeption des RStGB 1871 dargestellt. Weiterhin stehen die Novelle vom 24.09.1941 und deren Hintergründe im Mittelpunkt. Eine Darstellung der weiteren Entwicklung führt zu einer Skizzierung einiger in der Reformdiskussion vertretenen Alternativkonzepte. Den Abschluss bildet ein Blick auf die Entwicklung im ungarischen Strafrecht.

## II. DER MORDTATBESTAND GESTERN UND HEUTE – EIN ABRISS VOM REICHsstrAFGESETZBUCH 1871 BIS ZUM HEUTE GELTENDEN RECHT

Das Reichsstrafgesetzbuch vom 13.05.1871<sup>8</sup> steht als Endpunkt der deutschen Partikularstrafgesetzgebung und zugleich als Produkt der vorhergehenden Rechtsentwicklung.<sup>9</sup> Die prägenden Einflüsse auf die damalige Konzeption sowie die weitere Entwicklung sind daher von besonderem Interesse.

### II. 1. Die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag im RStGB 1871

#### 1. Darstellung der damaligen Rechtslage<sup>10</sup>

Das RStGB 1871 unterschied Mord und Totschlag anhand des Merkmals der Überlegung. Gemäß § 211 RStGB 1871 wurde der mit Überlegung tötende Täter wegen Mordes mit dem Tode bestraft.<sup>11</sup> Der lediglich vorsätzlich begangene Totschlag wurde gemäß § 212 mit Zuchthaus nicht unter 5 Jahren bestraft.<sup>12</sup> Begründet wurde diese Fassung, neben dem Verweis auf die herrschende Rechtsüberzeugung,<sup>13</sup> damit, dass die Unterscheidung anhand des Überlegungskriteriums auf eine lange, schon auf römischen Rechtsvorstellungen basierende Tradition zurückblicken könne und zudem in einer Vielzahl der zeitgenössischen Strafgesetze anerkannt sei.<sup>14</sup> Die Konzeption des RStGB stellte dabei eine grundlegende Entscheidung vor dem Hintergrund zweier traditioneller gegensätzlicher Abgrenzungskonzepte dar.

---

<sup>8</sup> RGBl. 1871 S. 127.

<sup>9</sup> Zur Entstehungsgeschichte Gropp AT § 3 Rn.3; KÜPPER FS Kriele S. 778f.

<sup>10</sup> Zum Wortlaut der einschlägigen §§ des RStGB vgl. Anhang 1.

<sup>11</sup> FRANK StrafR S. 359 f.; v. LISZT StrafR S. 290 ff.; OLSHAUSEN-KRStGB S. 835 ff.

<sup>12</sup> FRANK StrafR S. 360; v. LISZT StrafR S. 290 ff.; OLSHAUSEN-KRStGB S. 840 ff.

<sup>13</sup> BECKER Verdeckungsabsicht S. 19; v. LISZT VDB V S. 41.

<sup>14</sup> ESER DJT – Gutachten D 27 ; v. LISZT VDB V S. 37 ff.; WACHENFELD 1890 S. 277 ff.

## 2. Der Weg zur Konzeption des RStGB von 1871 – Der Gegensatz traditioneller Abgrenzungskonzepte

Im Laufe der Zeit schwankte die Ausgestaltung der Merkmale zur Differenzierung zwischen Mord und Totschlag zwischen zwei dominanten Konzepten: einem am psychologischen Aspekt der Überlegung orientierten Modell und einer kasuistischen, tat- und täterbezogenen Abgrenzung nach Verwerflichkeitsmerkmalen.<sup>15</sup>

### a) „Überlegung“ und „Vorbedacht“ als Mordmerkmale der römisch-rechtlichen Tradition: Die Rezeption des italienisch – canonischen Rechts und der Einfluss der Prämeditationsthese

Ein psychologisch geprägtes Unterscheidungsmodell lässt sich nach verbreiteter Auffassung auf die römische Rechtstradition zurückführen.<sup>16</sup> Die republikanische *Lex Cornelia de sicaris et veneficis* (82 v. Chr.) zielte nominell auf den „Gewalt-“ und „Giftmörder“, und gilt als „erster einigermaßen fester Punkt in der Geschichte des römischen Rechts“.<sup>17</sup> Sie wurde in der Kaiserzeit unter *Hadrian* (reg. 117 – 138 n. Chr.) hinsichtlich der Tötungen neu strukturiert.<sup>18</sup> Darin wurde die Tötung mit Vorbedacht (*propositum*) von der Affekttötung (*impetus*) unterschieden.<sup>19</sup> Der Einfluss dieser Vorstellung wird insbesondere während der Rezeption im deutschen Rechtsraum deutlich. Dieser Vorgang stand im Kontext einer von den italienischen Stadtstaaten ausgehenden Neuordnung des Denkens, die während der Renaissance die Wiedergeburt der klassisch-antertümlichen Gedanken in Kultur und Wissenschaft einleitete.<sup>20</sup> Während das römische Recht in der (italienisch –) canonischen Rechtspraxis stets gegenwärtig war,<sup>21</sup> wurde es nun säkularisiert und in die weltliche Rechtspraxis übernommen.<sup>22</sup> Dies geschah auf der Grundlage der von den italienischen Glossatorenschulen weiterentwickelten oströmischen Gesetzessammlung des *Codex Iuris Iustiniani*<sup>23</sup> und wurde im deutschen Raum durch das Selbstverständnis des Heiligen römischen Reiches deutscher Nation als Nachfolger des Imperium Romanum begünstigt.<sup>24</sup> Es wurde ein durch wissenschaftliche Rationalität, einen hohen Abstraktionsgrad sowie die Fähigkeit zur Deduktion aus allgemeinen Regeln gekennzeichnetes System adaptiert.<sup>25</sup> Darin wurde Mord und Totschlag nach dem Vorliegen oder Fehlen der Merkmale des Vorbedachts, der Überlegung (*propositum, praemeditatio*) ab-

15 KÜPPER FS Kriele S. 778; MSM BT I–1 § 2 Rn. 2; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 2; MÜSSIG a.a.O. S. 9 f.

16 MÜSSIG Mord und Totschlag S. 9 f, Sch–Sch-Eser Vorbem §§ 211 ff. Rn. 4; SIMSON–GEERDS StraftatenRV S. 13 ff.; v. LISZT StrafR S. 288; kritisch THOMAS Mordparagraph S. 23. Auffallend schon im römischen Recht das Erfassen gesellschaftsspezifischer Kriminalität, z.B. in der *Lex Cornelia* die Sanktionierung des „Zaubermordes“ als Mittel zur Eindämmung der gegen den zunehmend unattraktiven stoischen Staatskult aufkommenden kleinasiatischen Mysterienkulte, vgl. THOMAS a.a.O. S. 11 f.

17 KUNKEL Rechtsgeschichte S. 31; THOMAS a.a.O. S. 10.

18 Cloud *Lex Cornelia* S. 282.

19 v. LISZT StrafR S. 288; MOMMSEN RömStrafR S. 626; MSM BT I–1 S. 28; SIMSON–GEERDS S. 13; kritisch THOMAS a.a.O. S. 23 ff.

20 BURCKHARDT Renaissance I S. 185 ff., 203 ff.; MÜSSIG a.a.O. S. 23f.

21 MSM BT I–1 § 2 Rn. 2; MÜSSIG a.a.O. S. 23.

22 KROESCHELL Rechtsgeschichte 2 S. 19 ff.; 231 ff.; MÜSSIG a.a.O. S. 23.

23 MÜSSIG a.a.O. S. 23; Eb. SCHMIDT Einführung S. 107; THOMAS a.a.O. S. 109.

24 MÜSSIG a.a.O. S. 23 Fn. 100; v. WÄCHTER Allgemeines deutsches Strafrecht S. 27.

25 MÜSSIG a.a.O. S. 24; RÜPING Grundriss S. 33.

gegenzt.<sup>26</sup> Ab etwa dem 14. Jahrhundert gewann diese Unterscheidung in Deutschland erkennbar weiter an Boden.<sup>27</sup> Die Entwicklung hin zur psychologischen Differenzierung wird grundlegend durch die Konzeption der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser *Karl V.* (PGO / *Codex Criminalis Carolina* 1532) verdeutlicht. Art. 137 PGO<sup>28</sup> verstand den Mord als „fürsetzliche mutwillige“ Tötung, ausgelegt als Tötung mit überlegtem Vorsatz und bestraft mit Hinrichtung durch Rädern, den Totschlag dagegen als Affekttötung aus „gecheyt“ (Jähheit) und Zorn, bestraft mit Hinrichtung durch das Schwert.<sup>29</sup> Diese Auffassung konnte sich in der Folgezeit jedoch nicht vollständig durchsetzen: im gemeinen Recht behielt ein weiteres, im Folgenden dargestelltes Differenzierungsmodell sein eigenes Gewicht.<sup>30</sup>

b) Das germanische Verwerflichkeitskonzept: Kasuistische Mordmerkmale als unwertsteigernde Elemente

Eine kasuistische Unwertdifferenzierung nach Verwerflichkeitsgesichtspunkten wird gemeinhin als ein bereits in der germanischen Tradition stehendes Konzept verstanden.<sup>31</sup> Die germanischen Volksrechte (*leges barbarorum*) kannten zunächst eine „ehrliche“, den „Spielregeln“ der Zeit zur Konfliktlösung noch entsprechende Tötung, die mit einem Wergeld zu sühnen war.<sup>32</sup> Davon wurden Kategorien der besonders verwerflichen „höheren Tötung“ als „unehrliches Neidingswerk“ unterschieden, die gegebenenfalls mit der Todesstrafe geahndet wurden.<sup>33</sup> Am bedeutendsten war dabei die heimliche und verheimlichte Tötung,<sup>34</sup> welche durch ein Nachtatverhalten wie Leugnen der Tat und Verbergen des Leichnams indiziert wurde<sup>35</sup> – eine „ehrliche“ Tat hätte nicht verborgen werden müssen. Zudem kannte man die Tötung „*sine causa*“, welche in der grundlosen, also durch das Opfer nicht veranlassten Tat erkannt wurde.<sup>36</sup> Auch die Tötung unter Verletzung eines Treueverhältnisses (allerdings ausschließlich die Tötung der „höheren Person“ durch den Rangniedereren<sup>37</sup>) entsprach unter dem Gesichtspunkt der Machtsicherung der „höheren Tötung“.<sup>38</sup> Daneben bestanden weitere Kategorien der „höheren Tötung“ wie die Tötung mit nicht den damaligen Ehrvorstellungen entsprechenden Waffen, Feuer oder Gift,<sup>39</sup> die Tötung des Wehrlosen oder Unterlegenen (z.B. des Schlafenden)<sup>40</sup> oder die Tötung unter

---

26 MSM BT I–1 § 2 Rn. 2.

27 MSM BT I–1 § 2 Rn. 2. – In der mittelalterlichen Gesetzgebung ebenso eine deutliche Abhängigkeit von sozialen und politischen Hintergründen: Die Sicherung des Landfriedens zur Stärkung der Zentralgewalt war ebenso Motiv wie die Bekämpfung der nun aufkommenden Massenkriminalität der „landschädlichen Leute“, vgl. MÜSSIG Mord und Totschlag S. 18 ff.; SCHILD Gerichtsbarkeit S. 103 ff.

28 Zum Wortlaut vgl. Anhang 2.

29 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 35; THOMAS a.a.O. S. 120 ff.; WACHENFELD 1890 S. 13.

30 v. LISZT StrafR S. 289; MÜSSIG a.a.O. S. 30 ff.; THOMAS a.a.O. S. 146 ff.; WACHENFELD 1890 S. 23ff.

31 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 35; v. LISZT StrafR S. 288 f.

32 Eine Art Geldstrafe; THOMAS a.a.O. S. 30, 48 f.; WILDA S. 686.

33 THOMAS a.a.O. S. 30; WILDA S. 204 ff.

34 THOMAS a.a.O. S. 30; WILDA S. 158f., 569 f., 705.

35 THOMAS a.a.O. S. 35; WILDA S. 707 ff.

36 THOMAS a.a.O. S. 39 f.; WILDA S. 563 ff.; 705.

37 Eb. SCHMIDT Einführung S. 27; THOMAS a.a.O. S. 31, 45 f.

38 THOMAS a.a.O. S. 43 – 47; WILDA S. 706.

39 THOMAS a.a.O. S. 31, 47; WILDA S. 567 f., 706.

40 THOMAS a.a.O. S. 31, 47; WILDA S. 571, 706.

Bruch eines besonderen Friedens wie des Hausfriedens.<sup>41</sup> Die Gegenüberstellung von sozialem noch irgendwie verständlichem Handeln einerseits und dem außerhalb der sozialen Werteordnung stehenden Neidingswerk<sup>42</sup> andererseits zeigt deutlich den gesinnungsethisch ausgerichteten Charakter des Verwerflichkeitskonzeptes.<sup>43</sup> Diese Konzeption wirkte im deutschen Rechtsraum auch weiterhin fort: Besonders im gemeinen Recht der frühen Neuzeit wurde vermehrt auf sozialemotivierte Qualifikationen zurückgegriffen, wie etwa den Raub- oder Meuchelmord.<sup>44</sup> Diese stattfindende langsame „Überwucherung“<sup>45</sup> der psychologischen Wertungen der PGO durch sozialethische Gesichtspunkte setzt sich in der Folgezeit bis ins preußische Allgemeine Landrecht<sup>46</sup> von 1794 fort. Während sich der Totschlag in § 806 ALR als die durch bloße Erfolgsvorausicht zurechenbare Tötung (sanktioniert mit der Schwertstrafe) darstellte und der Mord (sanktioniert mit dem Rädern) nach § 826 ALR einen vorher überlegten Vorsatz erforderte, bestanden in den §§ 839 ff. ALR weitere Mordqualifikationen, die sich an Verwerflichkeitsaspekte anlehnten.<sup>47</sup>

c) Klärung des Gegensatzes im Sinne des Psychologismus

Eine vorläufige Klärung der Entwicklung zu Gunsten der Prämeditationsthese fand erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Partikulargesetzgebung mit Hilfe einer von den philosophischen Anschauungen der Aufklärung geprägten Wissenschaft statt.<sup>48</sup> Als von besonders gewichtigem Einfluss wird dabei das auf der Arbeit von Feuerbach beruhende bayerische Strafgesetzbuch von 1813 angeführt.<sup>49</sup>

*Feuerbach* und das bayerische StGB von 1813<sup>50</sup>

Dort wurde in Art. 146 bayStGB der „mit Vorbedacht beschlossene oder mit Überlegung ausgeführte“ Mord vom affektverursachten Totschlag, Art. 151 bayStGB, unterschieden.<sup>51</sup> Der Mord wurde gemäß Art. 5 bayStGB mit dem Tode bestraft, während der Totschlag mit Freiheitsstrafe von unbestimmter Dauer sanktioniert wurde.<sup>52</sup> Die Unterscheidungsmerkmale wurden dabei folgendermaßen ausgelegt: der Vorbedacht bezog sich auf den Zeitpunkt vor der Tat, Überlegung hingegen auf den Zeitpunkt während der Tat,<sup>53</sup> was eine rationale, reflektiert – willentliche Entschlussfassung darstellte,<sup>54</sup> welche

---

41 THOMAS a.a.O. S. 31, 47; WILDA S. 204 ff.

42 Der „Neiding“ war in den nordisch-germanischen Vorstellungen quasi-sakraler Inbegriff des hinterhältigen, ehrlosen Feiglings und Störers der Gesellschaftsordnung, vgl. CONRAD Rechtsgeschichte S. 49; DE VRIES Die Geisteswelt der Germanen S. 50.

43 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 35; MSM BT I-1 § 2 Rn. 2.

44 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 35; MSM BT I-1 § 2 Rn. 2; MÜSSIG a.a.O. S. 36.

45 MÜSSIG a.a.O. S. 30, 36.

46 Zum Wortlaut der einschlägigen §§ vgl. Anhang 3.

47 v. LISZT StrafR S. 290; MÜSSIG a.a.O. S. 34; MSM BT I-1 § 2 Rn. 2; THOMAS a.a.O. S. 164–170.

48 MSM BT I-1 § 2 Rn. 2; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 2; MÜSSIG a.a.O. S. 34 f, 56 f.

49 Köstlin Geschichte S. 246; MÜSSIG a.a.O. S. 35; THOMAS a.a.O. S. 171.

50 Zum Wortlaut vgl. Anhang 4.

51 Arzt ZStW 83 S. 8; MÜSSIG a.a.O. S. 55 f.; SIMSON – GEERDS Straftaten S. 13 f.; THOMAS a.a.O. S. 171.

52 MÜSSIG a.a.O. S. 38 f.

53 KÜPPER FS Kriele S. 778, THOMAS a.a.O. S. 173, 178.

54 MÜSSIG a.a.O. S. 56; THOMAS a.a.O. S. 173, 178.

über den Vorsatz hinausging.<sup>55</sup> Die „*sehr logische*“<sup>56</sup> tatbestandliche Alternativität konnte somit lückenlos Fälle der zweckgerichteten, kaltblütig-rationalen Tötung erfassen, womit weitere Kasuistik überflüssig wurde.<sup>57</sup> Diese Konzeption war, neben dem Vorbild der PGO,<sup>58</sup> auch von den Wertungen des napoleonischen Code Pénal<sup>59</sup> von 1810 beeinflusst, der in Art. 296 – 298 den mit Überlegung oder Auflauerung (*avec préméditation ou guet-apens*) begangenen Mord (*assassinat*) vom Totschlag (*meurtre*) in Art. 295 unterschied.<sup>60</sup> Ausschlaggebender Hintergrund waren jedoch die philosophischen Vorstellungen der Aufklärung.<sup>61</sup> Man vertraute, getreu dem zentralen Grundsatz Immanuel Kants „Habe Mut, dich deines eigenen Verstandes zu bedienen“ (*Sapere aude!*), auf die Kraft individueller Vernunft.<sup>62</sup> Dies wurde kanalisiert in den Schranken des kategorischen Imperativs<sup>63</sup> als Gebot zur Befolgung der Sitten- und Normordnung.<sup>64</sup> Die Tötung unter Gebrauch rationaler Vernunft musste somit gerade als schlimmstmöglicher willkürlicher Verstoß gegen die von der Aufklärung geprägte Werteordnung erscheinen, wohingegen der vom Affekt überwältigte Täter als weniger strafbar erschien.<sup>65</sup>

#### Die weitere Entwicklung bis 1871

Das Vorbild des bayStGB beeinflusste eine Vielzahl der deutschen Partikularstrafgesetze – so auch das als einflussreicher Vorläufer des geltenden StGB gesehene preußische Strafgesetzbuch von 1851.<sup>66</sup> Dort regelte § 175 I prStGB den Mord, der „vorsätzlich und mit Überlegung“ begangen wird und mit dem Tode bestraft wurde. Gemäß § 176 prStGB wurde der lediglich vorsätzliche Totschlag mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet. Das Täterbild wandelte sich insofern, als der „unheimliche, entmenschte“ Mörder aus der bürgerlichen Gemeinschaft ausschied.<sup>67</sup> Bereits damals wurde jedoch erste Kritik an der gesetzlichen Konzeption laut: Als problematisch erschien zunächst der Sanktionensprung und die Absolutheit der Todesstrafe.<sup>68</sup> Zudem erfasste sie auch Fälle, welche nach der damaligen Auffassung als weniger verwerflich erschienen – der noch dem bürgerlichen Bilde entsprechende, überlegt handelnde Täter sollte aber nicht mit „dem Mörder“ gleichgestellt werden.<sup>69</sup> Dies zeichnete die in der folgenden Zeit noch deutlicher hervortretenden Schwachstellen des Prämeditationskonzeptes bereits vor.

---

55 THOMAS a.a.O. S. 174.

56 v. LISZT VDB V S. 40.

57 1849 wurden die weiteren Mordqualifikationen des bayStGB abgeschafft; MÜSSIG Mord und Totschlag S. 39 f.; THOMAS a.a.O. S. 173 f.; WACHENFELD 1890 S. 70 Fn. 2.

58 FEUERBACH Lehrbuch Anm. a zu § 215 S. 190.

59 Zum Wortlaut der einschlägigen Art. vgl. Anhang 5.

60 ARZT ZStW 83 S. 8 Fn. 16; ESER DJT-Gutachten D 24; MSM BT I–1 § 2 Rn. 2.

61 FEUERBACH Kritik des Natürlichen Rechts S. XXV; MÜSSIG a.a.O. S. 41.

62 KANT Was ist Aufklärung?; THOMAS a.a.O. S. 174 f.

63 Das individuelle Handeln sollte stets Maxime eines allgemeinen Gesetzes sein können; KANT Metaphysik der Sitten S. 420 f.; WINDELBAND S. 475.

64 THOMAS a.a.O. S. 174 f.; WINDELBAND S. 475.

65 FEUERBACH Revision II S. 388 ff.; MÜSSIG a.a.O. S. 47; THOMAS a.a.O. S. 174 f.

66 RÜPING JZ 1979 S. 618; MITTERMAIER GA 2 (1854) S. 159; THOMAS a.a.O. S. 184.

67 TEMME S. 790 ff.

68 Denkschrift EprStGB 1843 Frage 22 zu § 298 S. 21 f.; MÜSSIG a.a.O. S. 57 f.

69 Vgl. Fallbeispiele bei MITTERMAIER GA 2 (1854) S. 142, 289, 304 ff.

## II. 2. RStGB 1871: Die „Überlegung“ als Mordmerkmal

Die Konzeption des prStGB konnte sich dennoch halten und ging über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund in das Reichsstrafgesetzbuch über.<sup>70</sup>

### 1. Die Auslegung des Merkmales

Das angesichts der nun im Vergleich zur Totschlagssanktion offensichtlichen Schwere der Mordstrafe aufgekommene Bewusstsein für die Problematik des Sanktionensprunges ließ mehr denn je den dringenden Bedarf für eine möglichst genaue und scharfe Definition des Inhaltes der Abgrenzungsmerkmale erkennen.<sup>71</sup> Dennoch erwies sich bereits die Auslegung des Merkmales der Tötung mit Überlegung des § 211 RStGB insbesondere für die Rechtsprechung als äußerst problematisch.<sup>72</sup> Der zeitliche Bezugspunkt der Überlegung war angesichts des Wortlautes der Norm noch vergleichsweise klar – nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes<sup>73</sup> sowie der herrschenden Auffassung der Literatur<sup>74</sup> musste die Überlegung bei Ausführung der Tat vorhanden sein und währenddessen andauern. Dies war ein Einfallstor für eine schon damals als notwendig erachtete restriktive Auslegung der Mordvorschrift: Eine im späteren Tatverlauf von Affektmerkmalen geprägte Tötung wurde als Mordversuch in Tateinheit mit Totschlag gewertet.<sup>75</sup> Heftig umstritten und dauerhaft unklar blieb dabei jedoch die Frage nach dem genauen Gegenstand der Überlegung.<sup>76</sup> Das „ob“ der Entscheidung zur Tat wurde ebenso vertreten<sup>77</sup> wie das „wie“ der Ausführung,<sup>78</sup> daneben wurden diese Möglichkeiten auch als kumulative<sup>79</sup> oder alternativ verknüpfbare<sup>80</sup> Elemente verstanden. Das Reichsgericht definierte schließlich die Überlegung als „*vom Vorsatz unabhängige geistige Beschaffenheit, bei der der Täter bewusst die ihn von der Tat abhaltenden gegen die ihn dazu drängenden Motive abwägt*“,<sup>81</sup> diese Linie erodierte aber besonders in der späteren Rechtsprechung wieder.<sup>82</sup> Vor diesem Hintergrund kam bereits *Franz v. Liszt* zu dem, auch angesichts der Rechtsfolgen, zutreffenden Schluss, dass ein solch unklarer und strittiger Begriff wie die Überlegung zur Abgrenzung von Mord und Totschlag ungeeignet sei.<sup>83</sup>

---

70 ESER DJT – Gutachten D 24; GROPP AT § 3 Rn. 3; KÜPPER FS Kriele S. 778; MSM BT I–1 S. 28; Eb. SCHMIDT Einführung S. 344.

71 ESER DJT – Gutachten D 26 f.; JOHN Entwurf S. 51, 108.

72 MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 3.

73 RGSSt 8, 276, 277 f.; 36, 22, 27; 55, 208, 209; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 3.

74 BINDING BT I S. 27; FRANK StrafR S. 359; v. LISZT VDB V S. 41 f.; OLSHAUSEN-KRStGB S. 837 ff.; a. A. vgl. Nachweise bei MÜSSIG a.a.O. S. 60 Fn. 135.

75 RG HRR 1940 Nr. 389; THOMAS a.a.O. S. 205 f.

76 MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 3; MÜSSIG a.a.O. S. 60 f.

77 BINDING BT I S. 27; WACHENFELD 1890 S. 28 f.

78 KATZENSTEIN ZStW 24 (1904) S. 515; OLSHAUSEN-KRStGB S. 837 ff.

79 v. LISZT VDB V S. 42 f.

80 OPPENHOFF StGB § 211 Nr. 11.

81 RGSSt 67, 424; 70, 257; LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 36.

82 RG JW 1937, 1799 Nr. 47; 1939, 691 Nr. 2; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 3.

83 v. LISZT VDB V S. 62.

## 2. Die zeitgenössische Kritik

Die Überlegungskonzeption des RStGB wurde weitergehend bereits früh heftig kritisiert.<sup>84</sup> Zunächst erschien problematisch, dass die Überlegung geradezu automatisch zur Todesstrafe führte.<sup>85</sup> Die Überlegung an sich trage aber nicht ohne weiteres die Verhängung der absoluten Höchststrafe. Zudem sei jede vorsätzliche Tat auch überlegt,<sup>86</sup> und die Überlegung nicht schon durch Affekt ausgeschlossen.<sup>87</sup> Auch die forensische Nachweisbarkeit der Überlegung wurde in Frage gestellt.<sup>88</sup> Zudem erschien die römisch-rechtliche Herleitung des Konzeptes als befremdlich.<sup>89</sup> Als besonders kritikwürdig stellte sich aber ein entscheidender Schwachpunkt des Prämeditationskonzeptes heraus: In der Rechtsanwendung bestand keine Kongruenz zwischen den eigentlich zur Wertung als Mord gedachten und den tatsächlich erfassten Fällen.<sup>90</sup> Besonders deutlich wird dies am Beispiel zweier Fallkonstellationen<sup>91</sup>: Zunächst tötet T nach langen Gewissensqualen und Abwägung der Umstände die unheilbar kranke und leidende O aus Mitleid. Das Merkmal der Überlegung läge vor, dennoch erschiene eine Bestrafung nach § 211 RStGB hier als verfehlt. Im anderen Fall begeht Z eine Tötung aus sexuellen Motiven – häufig fehlt dabei eine (nachweisbare) rationale Überlegung. Dennoch wäre der Unrechtsgehalt der Tat nur durch § 212 RStGB nicht zu erfassen. Im Ergebnis musste und muss damit das Merkmal der Überlegung aus kriminalpolitischer Sicht als denkbar ungeeignet zu angemessener Unwertdifferenzierung gelten.<sup>92</sup>

### II. 3. Die Zäsur durch das Gesetz zur Änderung des RStGB (1941)

Mit Gesetz vom 04.09.1941<sup>93</sup> reagierte der nationalsozialistische Gesetzgeber auf den dringenden Reformbedarf.

#### 1. Darstellung

Die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag wurde vollständig neu gefasst. Nun bestimmte § 211 StGB, dass „der Mörder“ eine durch besonders verwerfliche Merkmale (Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebes, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe, Heimtücke, Grausamkeit, Verwendung gemeingefährlicher Mittel, Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht) gekennzeichnete Tötung begeht, Rechtsfolge war bis zu deren Ab-

---

84 ESER DJT – Gutachten D 27 f.; MÜSSIG a.a.O. S. 60ff.

85 v. HOLTZENDORFF Mord S. 256 ff.; JOHN Entwurf S. 53.

86 JOHN Entwurf S. 47f.; MITTERMAIER GA 2 (1854) S. 299.

87 v. HOLTZENDORFF Mord S. 250 ff.; v. LISZT VDB V S. 64; WACHENFELD Tötungsdelikte S. 27.

88 v. HOLTZENDORFF Mord S. 266 ff.; MITTERMAIER GA 2 (1854) S. 296f.

89 ESER DJT-Gutachten D 28; WACHENFELD 1890 S. 1 ff.

90 MSM BT I–1 S. 29; MÜSSIG a.a.O. S. 62 ff.; OTTO ZStW 83 (1971) S. 53.

91 Vgl. v. Gleispach Kommendes Strafrecht BT S. 372; v. LISZT VDB V S. 63; MSM BT I – 1 § 2 Rn. 3.

92 So auch HEINE FS Brauneck S. 317; v. LISZT VDB V S. 63; MÜSSIG a.a.O. S. 62 f.

93 RGBl. 1941 S. 549 f., vgl. zum Wortlaut Anhang 6.

schaffung die Todesstrafe, unter Vorbehalt des Absatzes III.<sup>94</sup> Die „sonstigen niedrigen Beweggründe“ stellen dabei einen Oberbegriff für besonders verachtenswerte Tatmotivationen dar, die weiteren genannten Modalitäten der Gruppe 1 exemplarische Verdeutlichungen.<sup>95</sup> Gruppe 2 umfasst die Art der Tatausführung,<sup>96</sup> Gruppe 3 die verfolgte Zielsetzung.<sup>97</sup> Damit wurde die psychologische Abgrenzung zugunsten einer gemäß dem sozialetischen Gehalt der Tat erkannten besonderen Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit der Tat aufgegeben.<sup>98</sup> Dies entspricht dem noch heute geltenden Recht, §§ 211, 212 StGB.

## 2. Schein und Sein: Der Hintergrund der Novelle

Vor dem historischen Hintergrund der Novelle sind die Motive und Ursprünge dieser Entscheidung besonders interessant.

### a) Die nationalsozialistische Tätertypenlehre und die Auslegung der Mordmerkmale

Nach der nationalsozialistischen Ideologie sollte das Recht unter dem Primat des „gesunden Volksempfindens“ stehen. Dieses sollte im Sinne der totalen Machtausübung des Führerstaates aus den jegliche Menschlichkeit auslöschenden Prinzipien des Nationalsozialismus erwachsen.<sup>99</sup> Mittel dazu war unter anderem die „Ethisierung des Strafrechts“<sup>100</sup> als Anlehnung an irrationale ideologisch geprägte Entscheidungskriterien.<sup>101</sup> Besonders relevant war dabei die Installierung des Begriffes des besonders aus dem Kriegsstrafrecht stammenden<sup>102</sup> „Tätertypes“, welcher auch im Wortlaut z.B. der §§ 211 I, 212 I StGB zutage tritt. Damit sollte plakativ am Mordparagrafen<sup>103</sup> das gesetzliche Leitbild eines Mörders aufgestellt werden.<sup>104</sup> Dieser normative Tätertyp<sup>105</sup> sollte durch eine nach richterlicher Gesamtwertung der Täterpersönlichkeit festzustellende, der „Volksgemeinschaft“ schadende „Lebensführungsschuld“ zu ermitteln sein.<sup>106</sup> Damit stand nicht mehr die Tat, sondern die Gesinnung des Täters und seine Tat als „Pflichtverletzung“ im Vordergrund.<sup>107</sup> Bedeutsam war zudem, dass die ideologisch beabsichtigte<sup>108</sup> begriffliche Unschärfe hier ermöglichte, Fälle, die nach Maßgabe der nationalsozialisti-

---

94 RGBl. 1941 S. 549.

95 OGH 1, 99; BGH 3, 133; Sch-Sch-Eser § 211 Rn. 14.

96 Sch-Sch-Eser § 211 Rn. 21.

97 Sch-Sch-Eser § 211 Rn. 30.

98 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 36; MSM BT I-1 § 2 Rn. 3.

99 BECKER Verdeckungsabsicht S. 34; FREISLER Kommendes deutsches Strafrecht BT S. 51; Deutsches Strafrecht 1941 S. 65 – 71; FROMMEL JZ 1980 S. 562 f.; MAJER NS-Rechtssystem S. 77 ff.; 85 ff.; 118 f.; MÜSSIG Mord und Totschlag S. 84 f., 108.

100 WERLE Justizstrafrecht Drittes Reich S. 334–346.

101 Vgl. Hans Frank, „Reichsrechtsführer“: „Recht ist, was dem Volke nützt [...]“; THOMAS Mordparagraf S. 248.

102 FROMMEL JZ 1980 S. 560; ausf. SCHAFFSTEIN Deutsches Strafrecht 1942, S. 33–43.

103 FREISLER DJ 1941 S. 930.

104 LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 36.

105 ESER DJT-Gutachten D 32; RÜPING JZ 1979 S. 617; SCHMIDT-LEICHNER DR 1941 S. 2145.

106 FREISLER DJ 1941 S. 930 f.; FROMMEL JZ 1980 S. 560 f.; MEZGER ZStW 57 (1938) S. 688; THOMAS a.a.O. S. 255 ff.

107 WOLF Vom Wesen des Täters 1932; FROMMEL JZ 1980 S. 560.

108 FREISLER DJ 1941 S. 934; THOMAS a.a.O. S. 259.

schen Ideologie trotz eigentlicher Tatbestandsmäßigkeit kein Mord sein sollten, aus dem Anwendungsbereich der Norm herausfallen zu lassen – andererseits konnten auch kein Merkmal erfüllende Fälle, die nach ideologischer Wertung Morde sein sollten, erfasst werden.<sup>109</sup> Auf die genaue Auslegung und Anwendung der einzelnen Merkmale kam es im Ergebnis daher nicht mehr an. Betonenswert ist allerdings, dass das Konstrukt des Tätertyps in Rechtsprechung und Lehre nicht gänzlich anerkannt war, sondern sich auch zeitgenössischer Kritik ausgesetzt sah.<sup>110</sup> Zudem versuchte die Wissenschaft nach dem Fall des Analogieverbotes gerade mit dem Instrument des Tätertyps wenigstens annähernd verlässliche Anwendungsmaßstäbe für die Vorschrift zu entwickeln.<sup>111</sup>

b) Die Konzeption der schweizerischen Strafrechtsreform (Entwurf *Stooss*' von 1893)<sup>112</sup> als eigentlicher Ursprung der Novelle

Die Novelle als gänzlich nationalsozialistischen Ursprunges zu etikettieren entspräche jedoch nicht den historischen Tatsachen.<sup>113</sup> Hinter der Tätertypengesetzgebung sind die tragenden Grundlagen der Novelle an anderen Stellen zu finden. Gemeinhin wird dabei auf Entwürfe zur schweizerischen Strafrechtsreform verwiesen, wobei insbesondere der von *Carl Stooss* 1893 von besonderem Gewicht ist.<sup>114</sup> Dieser grenzte den Mord in Art. 50 II des Entwurfs vom Totschlag nach kasuistischen Merkmalen ab.<sup>115</sup> Diese waren Mordlust, Habgier, Grausamkeit, Heimtücke, Gebrauch von Gift, Sprengstoff, Feuer, Verdeckungs- und Erleichterungsabsicht.<sup>116</sup> *Stooss* wurde hierzu motiviert durch die bekannte Ungeeignetheit des Überlegungskriteriums zur Deliktsunterscheidung<sup>117</sup> sowie der Erforderlichkeit einer Vereinfachung der Abgrenzung nach klar erkennbaren Äußerlichkeiten.<sup>118</sup> Zudem beabsichtigte er, eine Brücke zu den alten, germanischen Rechtsanschauungen zu schlagen – diese sah *Stooss* als geradezu emotional verwurzelt im Volke fortlebend, die rationale Überlegungskonzeption hingegen als nicht traditionell verankert<sup>119</sup> an. Diese geradezu empathische Betonung traditioneller volkstümlicher Wertethik entsprach dem damaligen Zeitgeist<sup>120</sup> und konnte sich, zumal in Verbindung mit den Schwächen des überkommenen Prämeditationsmodells, durchsetzen.

---

109 BECKER Verdeckungsabsicht S. 34 f.; ESER DJT-Gutachten D 33; HEINE FS Brauneck S. 317; MÜSSIG a.a.O. S. 91; RIETZSCH 173 f.

110 RGSt 76, 297; GALLAS ZStW 60 (1941) S. 374, 397.

111 DAHM Tätertyp S. 37; LK-JÄHNKE Vor § 211 Rn. 36.

112 Vgl. zum Wortlaut Anhang 7.

113 ESER DJT-Gutachten D 31; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 5.

114 OGHSt 1, 76 f.; BGHSt 9, 387; ESER DJT-Gutachten D 32; KÜPPER FS Kriele S. 779; MÜSSIG a.a.O. S. 79; THOMAS a.a.O. S. 242.

115 MÜSSIG a.a.O. S. 79; THOMAS a.a.O. S. 242 f.

116 STOOS Motive S. 38.

117 STOOS Grundzüge S. 9.

118 STOOS Motive S. 147 f.

119 STOOS Grundzüge S. 9 f.; Motive S. 147 f.; THOMAS a.a.O. S. 244.

120 v. HOLTZENDORFF Mord S. 271 f.; MÜSSIG a.a.O. S. 13; WACHENFELD Tötungsdelikte S. 34 ff.

### 3. Die weitere Entwicklung der Abgrenzung von Mord und Totschlag

Nach 1945 wurde die Vorschrift ihres vordergründigen nationalsozialistischen Erbes entledigt, indem auf die Ursprünge im Entwurf von *Stooss* verwiesen<sup>121</sup> und den Ideen der Tätertypenlehre durch Etablierung des tatzentrischen Strafrechts<sup>122</sup> eine deutliche Absage erteilt wurde.<sup>123</sup> In der Handhabung der dem Wortlaut nach immer noch aktuellen Abgrenzungskonzeption trat allerdings, neben der Unschärfe einzelner Mordmerkmale, ein weiteres grundlegendes Problem hervor – der geradezu mechanische Automatismus der absoluten lebenslangen Freiheitsstrafe bei Erfüllung eines Mordmerkmals,<sup>124</sup> welcher im Einzelfall zu unangemessenen Ergebnissen führen kann.<sup>125</sup> Die Problematik, gesinnungsethische Modelle ohne „Filtermöglichkeit“ in ein eigentlich an der Tat ausgerichtetes Strafrechtssystem zu integrieren, tritt hier besonders deutlich zutage.<sup>126</sup> Die herrschende Lehre nähert sich zur Lösung des Problems der früheren Linie des Reichsgerichts<sup>127</sup> an und versucht, im Rahmen der „negativen Typenkorrektur“ durch eine Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit schon auf Tatbestandsebene nur tatsächlich besonders verwerfliche Fälle zu erfassen.<sup>128</sup> Problematischerweise erfordert auch das einen moralischen Wertungsakt des Tatrichters.<sup>129</sup> Die Rechtsprechung bemühte sich ihrerseits schon früh, die Beschränkung der Mordurteile auf die tatsächlich besonders verwerflichen Fälle auf anderem Wege zu erreichen. Sie sieht dazu zwar auf Tatbestandsebene keinen Raum für eine Korrektur anhand einer Gesamtwertung der Tat – die Merkmale des § 211 II StGB seien in jeglicher Hinsicht als abschließend zu verstehen.<sup>130</sup> Allerdings versucht sie eine Entschärfung des Tatbestandes durch restriktive Auslegung einzelner Merkmale zu erreichen.<sup>131</sup> Die höchstrichterliche Rechtsprechung stützt die restriktive Auslegung der Mordmerkmale angesichts der lebenslangen Freiheitsstrafe seit 1977 auch auf verfassungsrechtlicher Grundlage.<sup>132</sup> 1981 entwickelte der Große Senat des BGH in Strafsachen<sup>133</sup> schließlich die „Rechtsfolgenlösung“, wobei bei Vorliegen außergewöhnlicher schuld mindernder Umstände der Strafmilderungsrahmen des § 49 I Nr. 1 StGB eröffnet sein solle.<sup>134</sup> Dies hilft jedoch nicht über das Stigma der Mordverurteilung hinweg und wird unter dem Gesichtspunkt des Wertgefüges der Tötungsdelikte als inadäquat kritisiert.<sup>135</sup>

---

121 OGHSt 1, 76 f.; BGHSt 9, 387.

122 MÜSSIG a.a.O. S. 108.

123 OGHSt 1, 77; BGHSt 2 60, 63; KG NJW 1950, 237.

124 KÜPPER FS Kriele S. 777 ff.; Sch–Sch–Eser § 211 Rn. 10 a f.; THOMAS a.a.O. S. 277; WESSELS–HETTINGER BT 1 Rn. 74.

125 BGH NJW 1966 1823; LK–JÄHNKE Vor § 211 Rn. 37.

126 WERLE Justizstrafrecht Drittes Reich S. 337, 346.

127 RG 76, 299.

128 GEILEN JR 80, 309; SALIGER ZStW 109 (1997) 332 ff.; SCHÖNKE NJW 50, 237; Sch–Sch–Eser § 211 Rn. 10.

129 KINDHÄUSER BT I S. 37 Rn. 6.

130 BGH 3, 186; 11, 143; GA 71, 155; NStZ 84, 454.

131 BGH 9, 390; NStZ 82, 380.

132 BVerfGE 45, 187.

133 BGHSt GS 30, 120 ff.

134 BGH NStZ 95, 231.

135 Sch–Sch–Eser § 211 Rn. 10 b m.w.N.

### III. DER TATBESTAND VON MORGEN? – ALTERNATIVE KONZEPTE UND REFORMANSÄTZE

Die genannten Maßnahmen scheinen sich mehr auf die Symptome des Problems und nicht auf dessen Ursachen auszuwirken. Damit besteht heute hinsichtlich der normativen Abgrenzung von Mord und Totschlag Einigkeit über deren Reformbedürftigkeit.<sup>136</sup> Die Vorschläge dazu sind vielfältig, im Folgenden wird die Darstellung auf eine enge Auswahl begrenzt.

#### III. 1. Tendenz der aktuellen Diskussion

Die Verwerflichkeitskonzeption wird wegen ihrer Unklarheit und Moralisierungstendenz wohl nicht mehr zukunftsfähig sein.<sup>137</sup> Auch ein Ausweg anhand des Prinzips des Missverhältnisses zwischen Zweck und Mittel,<sup>138</sup> erkannt hinter den Merkmalen der 1. und 3. Gruppe, erscheint als nicht geeignet, das Unrecht des Mordtatbestandes voll zu erfassen.<sup>139</sup> In der aktuellen Diskussion kamen daher konsequenterweise Konzepte auf, bei denen die Problematik der Abgrenzung von Mord und Totschlag neu aufgelöst werden soll. Diese Konzepte gehen gemeinsam davon aus, dass als auf die Gefährlichkeit der Tat bzw. des Täters als entscheidendes Kriterium abzustellen sei<sup>140</sup> – die hinter dem Verwerflichkeitskonzept erkannte Auseinandersetzung mit sittlicher Schuld solle zugunsten eines präventiv-instrumentellen Ansatzes aufgegeben werden.<sup>141</sup> Mit dieser Rückführung auf einen rationalen Rechtsgüterschutz wolle man die „*moralisierende Auseinandersetzung mit der Täterpersönlichkeit*“ vermeiden<sup>142</sup> und durch Beschreibung typisch gefährlicher Fallgruppen Objektivität erreichen.<sup>143</sup> Zudem sehe der BGH dieses Konzept bereits hinter den Merkmalen Heimtücke<sup>144</sup> und Mordlust<sup>145</sup> stehend. Allerdings wird eine Vielzahl an Detailausprägungen des Konzeptes vertreten.<sup>146</sup> Dennoch hat das Gefährlichkeitskonzept, insbesondere nach der im Grundsatz zustimmenden Mehrheitsentscheidung auf dem 53. Deutschen Juristentag 1980, in der aktuellen Diskussion zu Recht eine Vorrangstellung inne.<sup>147</sup> Damit korrespondiert die deutsche Tendenz mit der internationalen Entwicklung.<sup>148</sup>

---

136 Arzt ZStW 83 (1971) S. 1; ESER DJT-Gutachten D 34; HEINE FS Brauneck S. 315; KÜPPER FS Kriele S. 777; OTTO ZStW 83 (1971) S. 39; RÜPING JZ 1979 S. 617.

137 KÜPPER FS Kriele S. 780; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 15.

138 Otto ZStW 83 (1971) S. 61.

139 KÜPPER FS Kriele S. 781; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 10.

140 MÜSSIG a.a.O. S. 109.

141 MÜSSIG a.a.O. S. 109.

142 RÜPING JZ 1979 S. 619.

143 MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 22; vgl. auch darstellend MÜSSIG a.a.O. S. 110.

144 BGHSt 11, 139, 143.

145 BGHSt 34, 59, 61.

146 ALBRECHT JZ 1982 S. 700; MüKo-SCHNEIDER § 211 Rn. 16; MÜSSIG a.a.O. S. 110 m.w.N.

147 KÜPPER FS Kriele S. 780 f.; MÜSSIG a.a.O. S. 110.

148 HEINE FS Brauneck S. 332 ff.

### III. 2. *Albin Eser* Gutachten zum 53. DJT 1980<sup>149</sup>

Vor diesem Hintergrund stellte *Albin Eser* auf dem 53. Deutschen Juristentag 1980 ein wegweisendes Reformkonzept vor. Darin nahm *Eser* die Kritik an der aktuellen Verwerflichkeitskonzeption zum Anlass, die Merkmale zur Kennzeichnung höchststrafwürdiger Tötungen neu zu definieren. *Eser* geht grundlegend davon aus, dass der Sanktionensprung samt der Bandbreite an möglichen Strafraumen zwischen § 211 Mord und § 212 Totschlag Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit gefährde.<sup>150</sup> Zudem müsse, auch angesichts der drohenden Rechtsfolgen, dringend dafür gesorgt werden, dass der Mordtatbestand auch nur die tatsächlich höchststrafwürdigen Tötungen erfasse – dies werde aber durch die im aktuellen Modell gegenwärtige „*exklusive Verabsolutierung*“ von Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolge bei § 211 StGB gerade nicht erreicht.<sup>151</sup>

*Eser* spricht sich zunächst für ein zweistufiges Modell von privilegierbarer und nicht privilegierbarer Tötung aus.<sup>152</sup> Das kennzeichnende Element der letzteren sollte nun eine sich in der Tat zeigende besonders gefährliche Einstellung des Täters zu Leib und Leben sein.<sup>153</sup> Dieses Merkmal legitimiert *Eser* zum einen mit negativ-generalpräventiven Elementen: sollten besonders gefährliche Begehungsweisen durch ein Moment des Abwägens geprägt sein, könne die Strafdrohung auf potenzielle Täter abschreckend wirken.<sup>154</sup> Zum anderen werden positiv-generalpräventive Aspekte angeführt: besonders Tötungen, die nicht aus Nahraumkonflikten entstehen, bei denen förmlich „jeder“ Opfer werden könnte, gefährden das Vertrauen der Gesellschaft in die Schutzfunktion und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung.<sup>155</sup> Die Form der Neuregelung steht für *Eser* in starkem Zusammenhang mit der angedrohten Sanktion.<sup>156</sup> Für den wahrscheinlicheren<sup>157</sup> Fall der Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe schlägt er als praktikabelste Lösung einen Tatbestand mit Gefährlichkeitsgeneralklausel und diese indizierenden Regelbeispielen vor.<sup>158</sup> Im Einzelnen: In den Fällen der Mehrfachtötung und der Gefährdung Dritter (E § 211 II Nr. 1) werde ein ungehemmtes Sichhinwegsetzen über das Leben Anderer deutlich.<sup>159</sup> Weiterhin werden auch präventive Gesichtspunkte deutlich: Bei der Tötung mit unerlaubt mitgeführter Schusswaffe sei die Hemmschwelle, diese auch einzusetzen, im Voraus schon herabgesetzt,<sup>160</sup> eine Bandenbildung sei ebenfalls besonders gefährlich<sup>161</sup> (E § 211 II Nr. 2, 3) – hier sei eine gesetzliche Abschreckung angezeigt.<sup>162</sup> Bei den Modalitäten der grausamen Tötung (E § 211 II Nr. 4), der Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebes (E § 211 II Nr. 5) und der aus Habgier (E § 211 II Nr. 6) wird eben-

---

149 Zum Wortlaut des Normierungsvorschlages bei *Eser* vgl. Anhang 8.

150 *ESER* DJT-Gutachten D 197.

151 *ESER* a.a.O. D 197.

152 *ESER* a.a.O. D 106 f., 197.

153 *ESER* a.a.O. D 168 f.

154 *ESER* a.a.O. D 166.

155 *ESER* a.a.O. D 167.

156 *ESER* a.a.O. D 155 ff.

157 *ESER* a.a.O. D 157.

158 *ESER* a.a.O. D 169, 171.

159 *ESER* a.a.O. D 171.

160 *ESER* a.a.O. D 172.

161 *ESER* a.a.O. D 173.

162 *ESER* a.a.O. D 172 f.

falls hinter dem Aspekt der besonderen Verwerflichkeit der Tat die Gefährlichkeit solcher Handlungen und die präventive Seite dieser Merkmale dargestellt.<sup>163</sup> Auch bei der Tötung mit Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht (E § 211 II Nr. 7, 8) stelle der Täter in besonders gefährlicher Weise das Leben der Opfer unter seine Interessen.<sup>164</sup> Die Tötung unter arglistigem Missbrauch von Vertrauen (E § 211 II Nr. 9) sei schließlich besonders problematisch hinsichtlich der Erfassung der höchststrafwürdigen Fälle.<sup>165</sup> Dafür biete es sich an, nur die Fälle zu erfassen, bei denen der Täter die durch Arglosigkeit begründete Unterlegenheit des Opfers „*positiv herbeiführt oder vergrößert*“.<sup>166</sup> Dem stellte Eser den Totschlag als Tötung aus einer singulären Konfliktlage gegenüber, in der eine generelle Geringschätzung des Rechtsgutes Leben gerade nicht zum Ausdruck komme und die daher auch weniger strafwürdig sei.<sup>167</sup>

Kritisiert wird hieran, dass die besondere Gefährlichkeit als grundlegendes Kriterium zu unscharf sei – man befürchtet in der Konsequenz eine Erweiterung möglicher Qualifikationskriterien.<sup>168</sup> Zudem wird, auch von Eser selbst, die Gefahr der Fokussierung auf den Rechtsgüterschutz und der schleichenden Außerachtlassung des Täters gesehen.<sup>169</sup> Schließlich wird eingewandt, dass der Ansatz an der Gefährlichkeit zur Bestimmung besonders strafwürdigen Verhaltens mit dem Schuldprinzip des § 46 StGB kollidieren könne<sup>170</sup> – um dem vorzubeugen, wird zutreffend eine Verknüpfung der Merkmale gefährlicher Einstellung und besonderer Begehungsweisen vorgeschlagen.<sup>171</sup> Für den Vorschlag *Eser's* sprechen dagegen gewichtige Gründe. Zunächst bieten die bereits genannten generellen Vorzüge des rationalen Gefährlichkeitskonzepts eine tragfähige Grundlage für sein Modell. Zudem erscheint die vorgeschlagene Regelbeispielstechnik als inhaltlich nicht zu starr und dennoch nicht zu weit und damit sehr geeignet, die Problematik des Automatismus von Merkmalserfüllung und Rechtsfolge zu lösen – die Möglichkeit, bei atypischen Fällen Einzelfallgerechtigkeit herzustellen erscheint dabei sehr hilfreich. *Eser's* Ansatz erscheint daher, zumal im Vergleich mit den anderen vertretenen Ansätzen<sup>172</sup> und mit Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, vorzugswürdig.

### III. 3. *Bernd Müssig's* normativer Zurechnungsansatz 2005

Einen völlig anderen Differenzierungsansatz schlägt *Müssig* in seiner Habilitationsschrift 2005 vor. Demnach solle die Differenzierung anhand der Kriterien der objektiven Zurechnung als Verantwortungszuschreibung auf Unrechtsebene stattfinden.<sup>173</sup> Maßgeblich solle hierbei die Abgrenzung von Verantwortungssphären des Täters und des

---

163 ESER a.a.O. D 173 ff.

164 ESER a.a.O. D 176 ff.

165 ESER a.a.O. D 180 ff.

166 ESER a.a.O. D 181.

167 ESER DJT-Gutachten D 163 ff.

168 MÜSSIG a.a.O. S. 121.

169 ALBRECHT JZ 1982 S. 702; Eser DJT-Gutachten D 68.

170 ALBRECHT JZ 1982 S. 702.

171 ESER DJT-Gutachten D 168 f.; DJT-Sitzungsbericht M 98; HEINE FS Brauneck S. 333, 341.

172 vgl. dazu Darstellung bei MÜSSIG a.a.O. S. 113 ff.

173 MÜSSIG a.a.O. S. 129, 168.

Opfers sein.<sup>174</sup> Grundlegend geht *Müssig* davon aus, dass Recht das Strukturmuster der Gesellschaft darstelle.<sup>175</sup> Darin seien Kommunikationsprozesse besonders relevant,<sup>176</sup> Straftatbestände stellten abweichendes Verhalten als fehlerhafte Kommunikation dar und verdeutlichen richtiges Verhalten.<sup>177</sup> In der Konsequenz sei das entscheidende Verbrechensmerkmal nicht die Rechtsgutsverletzung, sondern der dem Verhalten zugerechnete Sinngehalt und seine kommunikative Bedeutung.<sup>178</sup> Die Kriterien der objektiven Zurechnung seien, verstanden als Bedeutungszuschreibung und Zuständigkeitsbestimmung, zur Differenzierung besonders geeignet.<sup>179</sup>

Kernthese hinsichtlich der Tötungsdelikte ist nun, dass der Mord die Grundform der Tötungsdelikte darstelle und durch die alleinige Zuständigkeit des Täters für die Tat und ihren Kontext als volles Tötungsunrecht gekennzeichnet sei.<sup>180</sup> Dies werde durch die Frage nach der relevanten Tatveranlassung geklärt.<sup>181</sup> Eine solche fehle, wenn der Tod des Opfers alleiniger Tatzweck sei, also nur seine Existenz ausschlaggebend war.<sup>182</sup> Dieses zufällige oder wahllose Handeln des Täters sei von dem Merkmal der Mordlust erfasst.<sup>183</sup> Bei vom Opfer mitgesetzter Ursache müsse wertend nach relevanten und irrelevanten Ursachen differenziert werden.<sup>184</sup> Irrelevant seien zunächst Tötungen wegen persönlicher, vom Diskriminierungsverbot umfasster Eigenschaften des Opfers.<sup>185</sup> Auch Verletzungen garantierter Rechte des Opfers gehören als Einbrüche in dessen Rechtskreis hierher – erfasst durch die Merkmale der Habgier und der Befriedigung des Geschlechtstriebs,<sup>186</sup> ebenso wie der in den Fällen der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht gesehene deliktische Tatanlass.<sup>187</sup> Auch die Fälle der Verletzung von Sonderpflichten des Täters wie aus Garantenverhältnissen falle unter den Mordtatbestand.<sup>188</sup> In den Fällen relevanter Mitverantwortung des Opfers läge ein Totschlag als Privilegierungstatbestand vor.<sup>189</sup> Diese erkennt *Müssig* in den Konstellationen der Mitveranlassung durch eigenes rechtswidriges Verhalten des Opfers oder durch Selbstgefährdung.<sup>190</sup> Dabei seien objektive Kriterien zur genaueren Bestimmung beispielsweise der Affektreizung heranzuziehen.<sup>191</sup> Zu den relevanten Ursachen gehöre zudem ein Vertrauensbruch in Garantieverhältnissen durch das Opfer.<sup>192</sup>

---

174 MÜSSIG a.a.O. S. 129 f.

175 MÜSSIG a.a.O. S. 137.

176 MÜSSIG a.a.O. S. 139.

177 MÜSSIG a.a.O. S. 139.

178 MÜSSIG a.a.O. S. 141.

179 MÜSSIG a.a.O. S. 168.

180 MÜSSIG a.a.O. S. 129.

181 MÜSSIG a.a.O. S. 243 f.

182 MÜSSIG a.a.O. S. 262 f.

183 MÜSSIG a.a.O. S. 262 ff.

184 MÜSSIG a.a.O. S. 265 f.

185 MÜSSIG a.a.O. S. 266.

186 MÜSSIG a.a.O. S. 267.

187 MÜSSIG a.a.O. S. 306.

188 MÜSSIG a.a.O. S. 401 ff.

189 MÜSSIG a.a.O. S. 129.

190 MÜSSIG a.a.O. S. 308 ff.; 310.

191 MÜSSIG a.a.O. S. 310 ff.

192 MÜSSIG a.a.O. S. 324 ff.

Ansprechend erscheint der Gedanke, dass nach diesem Modell keine Abhängigkeit von Zufallsfaktoren bestehe, sondern es nur auf das tatbestandliche Gewicht der Tötung ankomme<sup>193</sup> – wer sich im Rahmen seiner Freiheitsrechte bewege, werde für schädliche Erfolge nicht verantwortlich gemacht.<sup>194</sup> Kritikwürdig sei jedoch zunächst, dass dieses Konzept von gänzlich neuen Prämissen ausgehe und daher wohl nur eingeschränkt nutzbar sein werde, worauf *Müssig* selbst hinweist.<sup>195</sup> Zudem sei der messbare Vorteil dieses Differenzierungsansatzes fraglich, da er eine Gesamtwertung vielgestaltiger Gesichtspunkte erfordere, welche wohl kaum normativ gefasst werden können.<sup>196</sup> Durchschlagend erscheint schließlich die Kritik, dass sich *Müssigs* Ansatz nicht zur vollständigen Unrechtserfassung eigne.<sup>197</sup> Grausame oder gemeingefährliche Tötungen passten als „systemwidrig“ nicht in *Müssigs* Schema,<sup>198</sup> müssten aber wegen der dem Opfer zugefügten Qualen oder der abstrakten Gefährlichkeit auch mit Tatanlass als besonders schwerwiegend zu erfassen sein.<sup>199</sup>

#### IV. TÖTUNGEN IM UNGARISCHEN STRAFRECHT

Auch im ungarischen Strafrecht nehmen die Tötungsdelikte eine zentrale Stellung ein. In der geschichtlichen Entwicklung lässt sich in Ungarn bereits in den Gesetzen König *Stephans I.* (etwa 1030) eine Bestrafung von besonders qualifizierten Tötungen nachweisen.<sup>200</sup> Auffallend ist in der Gesamtentwicklung jedoch die lange Zurückhaltung beim Erlassen allgemein gültiger Strafgesetze.<sup>201</sup> Nach langer Diskussion kam es 1878 über das Vorbild eines Entwurfes von *Károly Csemegi* zum „Gesetz Nr. V“, welches als erstes ungarisches StGB ein einheitliches, wissenschaftliches Normensystem im Bereich des Strafrechts aufstellte.<sup>202</sup> In den Gründzügen blieb dieses, abgesehen von kleineren Veränderungen, bis zur Zäsur nach dem zweiten Weltkrieg in Kraft.<sup>203</sup> Besonderen Einfluss hatte dann die sozialistische Strafrechtsideologie nach dem zweiten Weltkrieg.<sup>204</sup> Darin stand, im Gegensatz zur vorherigen tatzentrischen Sicht, die Person des Täters unter dem Gesichtspunkt der „Erziehbarkeit“ nach subjektiver klassenideologischer Differenzierung im Fokus,<sup>205</sup> der sozialistische „materielle Verbrechensbegriff“ orientierte sich an der Gesellschaftsgefährlichkeit menschlichen Verhaltens.<sup>206</sup> Unter diesem Einfluss wurde 1961 das neue, im Grundsatz heute noch aktuelle, „Gesetz Nr. V“ erlassen.

---

193 INGELFINGER GA 2007 S. 366.

194 INGELFINGER GA 2007 S. 366, MÜSSIG a.a.O. S. 253 ff.; 262 ff.

195 MÜSSIG a.a.O. S. 423 ff.

196 INGELFINGER GA 2007 S. 368.

197 INGELFINGER GA 2007 S. 368.

198 MÜSSIG a.a.O. S. 425.

199 INGELFINGER GA 2007 S. 368.

200 TÓTH S. 20.

201 TÓTH S. 20, 22.

202 TÓTH S. 24 f.

203 SCHULTZE-WILLEBRAND S. 22; TÓTH S. 24 ff.

204 TÓTH S. 26 ff.

205 TÓTH S. 27.

206 SCHULTZE-WILLEBRAND S. 27.

Das heutige ungarische Strafrecht versteht den Mord („*gyilkosság*“) grundsätzlich als eine im Voraus geplante Tötung.<sup>207</sup> Dies lässt sich auch in § 349 Btk.<sup>208</sup> a. F. feststellen, der den „Menschenmord“ als überlegte Tötung ausdrücklich bestraft.<sup>209</sup> Seit dem zweiten ungarischen StGB 1961 existiert aber im ungarischen Strafrecht kein ausdrücklicher Mordtatbestand mehr.<sup>210</sup> Vielmehr kennt § 166 Btk. die mit Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren bestrafte Tötung als Grundtatbestand der Tötungsdelikte. § 166 II Btk. zählt dabei qualifizierende Merkmale auf, bei deren Erfüllung die Tat mit zeitiger (10 bis 15 Jahre) oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bestraft wird. Diese Merkmale sind von unterschiedlichem Charakter: § 166 II a Btk. nennt sogar wieder die Planung im Voraus als qualifizierendes Merkmal. Diese stellt einen zielgerichteten psychischen Zustand dar, bei dem sich der Täter der entscheidenden Elemente der späteren Handlung bewusst ist.<sup>211</sup> Daneben bestehen Qualifikationen, die auf die Verwerflichkeit des Motivs, des Zieles oder der Art der Begehung abstellen.<sup>212</sup> Interessant erscheinen § 166 II e, i Btk., die die Tötung einer besonders schutzwürdigen Opferperson qualifizieren<sup>213</sup> und deren Hintergründe schon in den mittelalterlichen und neuzeitlichen Gesetzen zum Schutze der feudalen Herrschaftsordnung zu finden sind.<sup>214</sup> Die auffallende Kombination aus subjektiven (§ 166 II a Btk.) und objektiv – kasuistischen (§ 166 II b – i Btk.) Qualifikationsmerkmalen lässt sich wohl mit dem Ursprung im sozialistischen Strafrechtsverständnis erklären, welches den Täter erziehen und die Gesellschaft schützen wollte<sup>215</sup>: Das subjektive Merkmal der Vorüberlegung lässt auf eine besondere „Erziehungsbedürftigkeit“ des Täters schließen, die objektiven Merkmale berücksichtigen die besondere Gesellschaftsgefährlichkeit der Tat. Zurzeit lässt sich eine Reformdiskussion auch in Ungarn feststellen. Allerdings steht dabei das gesamte, noch auf der Form von 1961 basierende, Strafrecht im Mittelpunkt – angesichts neuer Kriminalitätsformen und der gewandelten gesellschaftlichen und weltanschaulichen Struktur wird das noch geltende ungarische Strafrecht als „*vom Leben überholt*“ angesehen.<sup>216</sup>

## V. BILANZ

Die Geschichte der Mordmerkmale bestätigt die eingangs aufgestellte These: Die Merkmale und deren Inhalt stehen stets in besonderer Abhängigkeit zu sozialen, weltanschaulichen und politischen Hintergründen. Dabei tritt in Geschichte und Gegenwart eine unglückliche Attraktivität der Tötungsdelikte als Ansatzpunkt weltanschaulicher Profilierung zutage – jeder große Umschwung in der Gedankenwelt und dem Selbstverständnis unserer Gesellschaft ging mit einer oft kurzfristigen Erneuerung der Konzeption der Tö-

---

207 TÓTH S. 170.

208 Ungarische Abkürzung für das Strafgesetzbuch (Büntető Törvénykönyv).

209 Vgl. zum Wortlaut Anhang 8.

210 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 22.

211 KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 23.

212 TÓTH S. 170.

213 SCHULTZE-WILLEBRAND S. 218; TÓTH S. 170; KARSAI – SZOMORA – CSÚRI S. 25 f.

214 TÓTH S. 21.

215 FÖLDVÁRI S. 12; TÓTH S. 27.

216 BÉKÉS S. 120; TÓTH S. 30 ff.

tungsdelikte einher. Auch heute ist eine Reform der Tötungsdelikte notwendig. Mit Berücksichtigung der historischen Entwicklung sollte die Reform nicht Betätigungsfeld ideologischer Profilierung sein, sondern allein an systematisch stimmigen, kriminalpolitisch sinnvollen und praktikablen Maßstäben ausgerichtet werden.

## ANHANG

### Anhang 1:

Justus Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich – Band 2, 9. Auflage, Berlin 1912:

§ 211 RStGB 1871

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mord mit dem Tode bestraft.

§ 212 RStGB 1871

Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet wird, wenn er die Tödtung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

### Anhang 2:

Bernd Müssig, Mord und Totschlag, Köln 2005, S. 24 Fn. 109:

Art. 137 PGO / CCC 1532

Item eyn jeder mörder oder todtschläger wo er deßhalb nit rechtmessig entschuldigung außfüren kann, hat das leben verwürckt. Aber nach gewonheyt etlicher gegent, werden die fürsetzlichen mörder und die todtschleger eynander gleych mit dem rad gericht, darinnen soll vnderscheydt gehalten werden, Vnd also dass der gewonheyt nach, ein fürsetzlicher mutwilliger mörder mit dem rade, vnnnd eyn ander der eyn todtschlag, (...) aus gecheyt und zorn gethan, vnd sunst auch gemelte entschuldigung nit hat, mit dem schwert vom leben zum tod gestrafft werden sollen, Vnd man mag inn fürgesetztem mordt, so der an hohen trefflichen personen des thetters eygen herrn, zwischen eheleuten oder nahend gesippten freunden geschicht, durch etlich leibstraff als mit zangen reissenn oder auffschleyffung vor der entlichen tödtung vmb grösser forcht willen die straff meren.

### Anhang 3:

Bernd Müssig, Mord und Totschlag, Köln 2005, S. 34 Fn. 192:

§ 806 ALR

Wer in der feindlichen Absicht, einen anderen zu beschädigen, solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemeinen, oder ihren besonders bekannten Lauf der Dinge, der Tod desselben erfolgen musste, und ihn dadurch wirklich tödtet; der hat als Todtschläger die Strafe des Schwerdtes verwirckt.

§ 826 ALR

Derjenige, welcher mit vorher überlegtem Vorsatze zu tödten einen Todtschlag wirklich verübt, soll als Mörder mit der Strafe des Rades von oben belegt werden.

Anhang 4:

Bernd Müssig, Mord und Totschlag, Köln 2005, S. 38 Fn. 16, 17:

Art. 146 BayStGB 1813

Ein Totschläger, welcher die von ihm verursachte Entleibung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Überlegung ausgeführt hat, soll als Mörder mit dem Tode bestraft werden.

Art. 151 BayStGB 1813

Wer ohne Überlegung und Vorbedacht in auffallender Hitze des Zorns eine lebensgefährliche Handlung wider den anderen beschließt und ausführt, ist bei erfolgtem Tode des Beschädigten eines einfachen Totschlages schuldig und soll zur Strafe des Zuchthauses auf unbestimmte Zeit verurtheilt werden.

Anhang 5:

Internetressource: [http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_penal\\_de\\_1810.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810.htm)

Art. 295 Code Pénal 1810

L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.

Art. 296 Code Pénal 1810

Tout meurtre commis avec préméditation ou de guet-apens, est qualifié assassinat.

Art. 297 Code Pénal 1810

La préméditation consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui, qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition.

Art. 298 Code Pénal 1810

Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence.

Anhang 6:

RGBl. 1941 S. 549:

§ 2 Die Strafvorschriften über Mord und Totschlag (§§ 211, 212 des Strafgesetzbuches) erhalten folgende Fassung:

§ 211 (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.

§ 212 Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Anhang 7:

Bernd Müssig, Mord und Totschlag, Köln 2005, S. 79 Rn. 256:

Art. 50 Vorentwurf schweiz. StGB Stooss 1894:

(Totschlag) Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft; begeht er die That in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis zu 10 Jahren.

(Mord) Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

Anhang 8:

Albin Eser, Gutachten für den 53. Deutschen Juristentag 1980, München 1980, D 200 f.:

§ 211 Mord

bei Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe:

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

bei Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe:

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

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

1. mehrere Menschen tötet oder zu töten versucht oder die Lebensgefährdung Dritter in Kauf nimmt,
2. mit einer Schußwaffe tötet, die er oder ein Tatbeteiligter gewohnheitsmäßig unerlaubt mit sich führt,
3. die Tötung unter Mitwirkung eines anderen begeht, mit dem er sich bandenmäßig zur Begehung von Gewalttaten verbunden hat,
4. die Tötung in einer für das Opfer besonders qualvollen Weise ausführt,
5. das Vertrauen des Opfers oder einer Schutzperson arglistig erschlichen oder bestärkt hat,
6. Zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus Gewinnsucht tötet

oder

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

§ 212 Totschlag

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

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

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

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

Anhang 9:

Ladislau Mezöfy, Die ungarischen Strafgesetze, Berlin 1960:

§ 349 Btk. a. F.

Wer einen Menschen mit überlegtem Vorsatz tötet, begeht das Verbrechen des Mordes und wird mit dem Tode bestraft.

§ 351 Btk. a. F.

Wer einen Menschen vorsätzlich, jedoch ohne vorherige Überlegung tötet, begeht das Verbrechen des vorsätzlichen Totschlags und wird mit Kerker von zehn bis fünfzehn Jahren bestraft.