

Denazificatie van het Duitse moordartikel?

David Roef*

De meeste rechtsstelsels maken een onderscheid tussen moord en doodslag, waarbij moord vanzelfsprekend de meest ernstige vorm van levensberoving vertegenwoordigt. Waarin dit onderscheid precies bestaat hangt echter van het stelsel af. Voor Nederland betekent dit dat voor doodslag (art. 287 Sr) de opzet is gericht op het doden van het slachtoffer, maar bij moord (art. 289 Sr) is naast opzet ook sprake van voorbedachte raad.¹ Dat is ook zo in het Belgische strafrecht (art. 394 Sw). In andere rechtssystemen kunnen andere elementen een rol spelen. Zo is in het Engelse *common law*-stelsel sprake van moord indien opzet voorligt, terwijl voor doodslag naast opzet sprake moet zijn van strafverminderende omstandigheden, zoals *diminished responsibility* en *loss of control*.² Maar hoe men het onderscheid tussen de levensdelicten ook maakt en rechtvaardigt, de meeste Europese landen hebben allemaal één ding gemeen: voor de kwalificatie van moord wordt niet gekeken naar het motief van de dader. Dit heeft natuurlijk alles te maken met het feit dat het moderne strafrecht een 'daadstrafrecht' is. Iemands bedoelingen kunnen een rol spelen bij de strafoplegging, maar niet voor de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het is dan ook opmerkelijk dat in het Duitse Strafgesetzbuch (StGB) nu juist de motieven van de moordenaar doorslaggevend zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid. § 211 StGB (*Mord*) luidt:

1. Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
2. Mörder ist wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

Het eerste wat opvalt is de duur van de straf. Op moord is een levenslange gevangenisstraf gesteld en anders dan in Nederland is er geen ruimte tot het opleggen van een tijdelijke straf.³ Daarnaast worden een aantal motieven en omstandigheden gespecificeerd. Men kan in § 211 StGB een drietal categorieën onderscheiden.⁴ Allereerst is er de levensberoving uit moordzucht, ter bevrediging van de geslachtsdrift, uit hebzucht of andere minderwaardige

* Dr. D. Roef is universitair docent straf(proces)recht aan de Universiteit Maastricht. Dit artikel wordt binnenkort gepubliceerd in *Ars Aequi*

¹ J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 258-259.

² In het Engelse stelsel is voor moord dus geen voorbedachte raad (*premeditation*) vereist maar slechts *intention to kill or intention to cause grievous bodily harm*, ook al lijkt het mens rea-vereiste van *malice aforethought* anders te suggereren. Daarnaast kent men *voluntary manslaughter* (wanneer sprake is van genoemde *mitigating circumstances*) en *involuntary manslaughter* waaronder onder meer dood door schuld wordt begrepen (*negligent manslaughter*). Zie J. Keiler & D. Roef (red.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 151-152.

³ Wel kan in bepaalde gevallen via § 49 StGB (strafvermindingsgronden) de straf van levenslang vervangen worden door een strafdader van drie tot vijftien jaar en bij het gegeven zijn van meerdere strafvermindingsgronden nog lager. A. Schönke & H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: C.H. Beck Verlag, 2010, § 211 Rn. 57 e.v.

⁴ Schönke & Schröder 2010, § 211 Rn. 4 e.v.

motieven. Onder deze laatste restcategorie valt bijvoorbeeld ook moord uit racistische overwegingen.⁵ Ten tweede is er sprake van moord indien men iemand op een verwerpelijke wijze van het leven berooft, namelijk op een verraderlijke of wreedaardige manier of met gemeengevaarlijke middelen. Ten slotte is er de moord die tot oogmerk heeft een ander misdrijf mogelijk te maken of te verhullen. Kortom, niet de bewustzijnsmodaliteit van voorbedachte raad, maar minderwaardige motieven of andere *Mordmerkmale* maken doodslag tot moord. § 212 StGB (*Totschlag*) luidt dan ook heel simpel:

1. Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.
2. In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

Deze merkwaardige anomalie in het Duitse strafrecht stamt nog uit de periode van het Derde Rijk toen de nazi's in 1941 deze dodingsdelicten in het strafwetboek hebben gezet en daarmee het oude artikel 211 van het Reichsstrafgesetzbuch (1872), dat door zijn Romeinsrechtelijke beïnvloeding⁶ als te 'undeutsch' werd ervaren, afschaften:

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

Tot 1941 was dus ook in Duitsland het bestanddeel 'met voorbedachte raad' (*mit Überlegung*) voor moord belangrijk. Het op het *gesundes Volksempfinden* gebaseerde nazistrafrecht was echter bij uitstek een 'daderstrafrecht' waarbij niet nauwkeurig afgebakende strafbare feiten, maar de volksvijandige gezindheid van de dader de strafrechtelijke aansprakelijkheid bepaalt. Voor de dodingsdelicten betekende dit het centraal stellen van de gevaarlijkheid van de dader en zijn verwerpelijke motieven.⁷ Het brein achter het moordartikel was de nationaalsocialistische jurist Roland Freisler, de gevreesde voorzitter van het Volksgerichtshof.⁸ In zijn visie moest de voorkeur worden gegeven aan dadertypologieën en was de daad eigenlijk niet meer dan een symptoom, een veruiterlijking van de ontarding van wil en de gehele persoonlijkheid van de dader.⁹ Om die reden spreken § 211-212 StGB dan ook over 'Mörder' en 'Totschläger, ohne Mörder zu sein' en niet over moord en doodslag.

⁵ U. Kindhäuser, U. Neumann & H. Paeffgen (red.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos 2005, § 211 StGB, Rn. 33 e.v.; Schönke & Schröder 2010, § 211 Rn. 19 e.v.

⁶ Het Romeinse recht onderscheidde doodslag met voorbedachte raad (*propositum*) van impulsieve doodslag (*impetus*). Met de receptie van het Romeinse recht in de late middeleeuwen kwam het tot een breuk met de Germaansrechtelijke traditie die niet voorbedachte raad maar bepaalde motieven (en vooral laffe en verraderlijke levensberoving) als kenmerkend voor moord beschouwde. Het nazistrafrecht grijpt dus terug op het Germaanse recht.

⁷ R. Gordon, 'The eradication of nazi ideology and terminology from the current German penal code', *Rutgers Journal of Law and Religion* 2015, p. 181-185.

⁸ H. Ortner, *Der Hinrichter: Roland Freisler – Mörder im Dienste Hitlers*, Frankfurt: Nomen 2009.

⁹ M. Dubber & T. Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 537. Zie voor een uitvoerige historische studie: Richard Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology from 1880-1945*, North Carolina: The University of North Carolina Press 2000.

Hoewel de daderstrafrechtelijke benadering van de nazi-ideologie uiteraard geen rol meer speelt bij de toepassing van § 211 StGB, roept het artikel regelmatig nog de nodige kritiek op. Naast principiële bezwaren zijn er strafrechtsdogmatische en praktische problemen. Zo is er bijvoorbeeld een recente ontwikkeling om gevallen, waarin zonder enig aanwijsbaar motief iemand wordt gedood, als moord te kwalificeren en niet langer als doodslag.¹⁰ Deze zogenaamde ‘zinloze’ moorden vallen nu onder de categorie van andere ‘niedrige Beweggründen’, hetgeen de oplegging van een levenslange gevangenisstraf mogelijk maakt.¹¹ Ook het bestanddeel *heimtückisch*, dat ziet op de verraderlijke levensberoving van een argeloos slachtoffer, wordt als problematisch ervaren. In gevallen van extreem huishoudelijk geweld (*Haustyrannfalle*) zou dit tot onrechtvaardige situaties kunnen leiden indien een man die zijn vrouw doodslaat slechts voor § 212 StGB wordt vervolgd, terwijl zijn mishandelde vrouw die haar man vergiftigt of heimelijk in zijn slaap doodt een levenslange gevangenisstraf voor moord boven het hoofd hangt.¹² Statistisch gezien zouden kwetsbare daders, zoals vrouwen, dus meer risico lopen om voor moord veroordeeld te worden.¹³

Over het algemeen kan worden vastgesteld dat vanwege het absolute karakter van de levenslange gevangenisstraf rechters vaak bijzonder creatief zijn om van een moord alsnog een doodslag te maken. Een bekend voorbeeld is de zaak van Marianne Bachmeier die de moordenaar van haar zevenjarige dochter in de rechtszaal in de rug doodschoot. In eerste instantie werd zij voor moord vervolgd – haar daad was overduidelijk *heimtückisch* – maar vanwege de maatschappelijke consternatie werd de tenlastelegging in doodslag veranderd.¹⁴ Ook de zaak van de ‘kannibaal’ Arwin Meiwes, die in 2001 een man had gedood en het vlees van zijn slachtoffer gedeeltelijk had opgegeten, illustreert hoe de Duitsers soms met § 211-212 StGB worstelen. Het Openbaar Ministerie vervolgde Meiwes voor moord en eiste levenslang, maar het unieke van deze zaak was dat het slachtoffer er zelf om had gevraagd, en zelfs samen met Meiwes zijn eigen penis heeft geprobeerd te consumeren. De rechtbank veroordeelde Meiwes uiteindelijk voor doodslag tot 8,5 jaar gevangenisstraf. Volgens het *Bundesgerichtshof* was hier niettemin sprake van moord omdat Meiwes zijn daad uit seksuele bevrediging had begaan.¹⁵ Het gerechtshof in Frankfurt heeft vervolgens in 2006 Meiwes alsnog tot levenslang veroordeeld.¹⁶

¹⁰ BGH 17 augustus 2004, *NStZ-RR* 2004, p. 332; BHG 13 juli 2005, *NStZ-RR* 2005, p. 309.

¹¹ S. Ziemann, ‘Critical remarks on the “Killing Without Obvious Reason” Case (Federal Court of Justice, Decision of 13 July 2005)’, *GLA*, www.iuscomp.org/gla/literature/ziemann.htm.

¹² Gordon 2015, p. 187. Wel heeft het Bundesgerichtshof bepaald dat in geval van *Heimtückemorde*, in bijzondere omstandigheden, een levenslange gevangenisstraf disproportioneel kan zijn. Zie o.m. BGH 19 mei 1981, *BGHSt* (30), p. 118. Deze ‘oplossing’ voor het probleem van de absoluteheid van de levenslange gevangenisstraf wordt sterk bekritiseerd. Schönke & Schröder 2010, § 211 Rn. 57.

¹³ Zie voor een kritische beschouwing over deze veronderstelling: U. Schneider, ‘Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht’, *NStZ* 2015, p. 64-68.

¹⁴ Gordon 2015 p. 189-190.

¹⁵ BGH 22 april 2005, 2 StR 310/04, <http://lexetius.com/2005,786>.

¹⁶ LG Frankfurt am Main 9 mei 2006, 2 StR 518/06, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&nr=38918&linked=pm&Blank=1>.

Inmiddels heeft de federale Minister van Justitie Heiko Maas, in navolging van de Duitse Orde van Advocaten, het plan opgevat om de dodingsdelicten te hervormen. Niet alleen zijn deze strafbepalingen een nationaalsocialistisch *Fremdkörper* in het strafwetboek, ook wil hij af van het absolute karakter van de levenslange gevangenisstraf. Toch blijft de weerstand tot verandering groot, mede omdat enkele politici vrezen dat nu juist in een tijd van toenemende terroristische dreiging een grondige wijziging van § 211 StGB een verkeerd signaal zou afgeven.¹⁷ Ook de door Maas ingestelde commissie voor de hervorming van de dodingsdelicten verdedigt in haar uitvoerig rapport slechts enkele kleine wijzigingen, zoals een nadere definitie van *heimtückisch* en het schrappen van de beladen begrippen *Mörder* en *Totschläger*. Men pleit zelfs voor een uitbreiding van het moordartikel door onder minderwaardige motieven ook uitdrukkelijk raciale en andere *Hasskriminalitäts-Elementen* op te nemen.¹⁸ Wel moet het makkelijker worden om voor moord een tijdelijke gevangenisstraf op te leggen.¹⁹ Of deze voorstellen zullen leiden tot een wetswijziging is nog maar de vraag. In het verleden zijn soortgelijke initiatieven steeds doodgelopen.

¹⁷ B. Knight, 'Justice Ministry to Change German Law's Nazi Definition of Murder', *DW* 31 juli 2015, www.dw.com/en/justice-ministry-to-change-german-laws-nazi-definition-of-murder/a-18620945.

¹⁸ Abschlussbericht der Expertengruppe des BMJV zur Reform der Tötungsdelikte, juni 2015, www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile.

¹⁹ W. Mitsch, 'Reform der Tötungsdelikte: Mord soll Mord bleiben', *LTO* 29 juni 2015, www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-reform-mord-211-mordmerkmale-lebenslaenglich/.