

Mathias Hong

# Todesstrafenverbot und Folterverbot

Grundrechtliche Menschenwürdegehalte  
unter dem Grundgesetz

Mohr Siebeck

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Einleitung .....	1
I. Todesstrafenverbot .....	1
II. Folterverbot .....	3

### 1. Kapitel

#### Todesstrafenverbot

I. Rahmenbedingungen der Todesstrafendiskussion unter dem Grundgesetz .....	11
II. Wortlaut und Systematik .....	32
III. Normgeschichte .....	33
IV. Entstehungsgeschichte .....	43
V. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe .....	90
VI. Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsvergleich .....	95
VII. Irrtumsargument .....	122
VIII. Ergebnis .....	122

### 2. Kapitel

#### Folterverbot

I. Einleitung .....	125
II. Folter schon nach geltender Gesetzeslage? – Eine Erinnerung an den grundrechtlichen Parlamentsvorbehalt .....	169

III. Achtungspflicht und Schutzpflicht für die Menschenwürde . . . . .	172
IV. Das Misshandlungsverbot aus Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG und die Menschenwürde . . . . .	177
V. Konventionskonforme Auslegung: Art. 3 EMRK . . . . .	193
VI. Menschenrechtsfreundliche Auslegung . . . . .	205
VII. Keine Relativierung durch strafrechtliche Notstands- oder Nothilfebefugnisse, sei es von Amtsträgern, sei es von Privaten . . . . .	214
VIII. Ergebnis zum positiven Recht . . . . .	216
IX. Das Folterverbot als rechtliche Grenze auch des Ausnahmestands und die „notstandstheoretische Unausweichlichkeit“ (Poscher) der tragischen Wahl . . . . .	218
X. Zur rechtsphilosophischen Diskussion . . . . .	219
Literaturverzeichnis . . . . .	259
Sachregister . . . . .	273

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Einleitung .....	1
I. Todesstrafenverbot .....	1
II. Folterverbot .....	3

## 1. Kapitel

### Todesstrafenverbot

I. Rahmenbedingungen der Todesstrafendiskussion unter dem Grundgesetz .....	11
1. Absolutes Verbot de constitutione lata .....	11
a) Abwägungsfestes Recht – sei es aus Art. 102 oder aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V. mit Art. 102 GG .....	11
b) Todesstrafenverbot als Widerlegung relativer Wesens- gehaltstheorien .....	12
2. Verfassungsvorrang, Lebensgrundrecht und Zuständigkeitsargument .....	13
a) Das Zuständigkeitsargument: Schweigen der Verfassung? .....	13
b) Vorrang der Verfassung: Notwendigkeit einer positiven Entscheidung auf Verfassungsebene .....	14
c) Unausweichlichkeit einer positiven Tötungserlaubnis nach Aufnahme von Lebensgrundrecht und Art. 102 GG .....	15
3. Fragerichtung nach den bisherigen Ergebnissen: Nähere Reichweite des Menschenwürdegehalts des Lebensgrundrechts .....	16
a) Das Recht, nicht rechtswidrig hoheitlich getötet zu werden, als Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts .....	17
b) Weitere abwehrrechtliche Menschenwürdegehalte des Lebensgrundrechts .....	18

4. Freiheit von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung als weiteres einschlägiges Recht .....	19
a) Menschenwürde auch des Straftäters als Grundlage .....	19
b) Unverwirkbarkeit .....	19
c) Urbild absolut geschützter Rechte .....	21
5. Arten absolut geschützter Strafverbote .....	22
a) Strafartenverbote .....	22
b) Partielle Strafartenverbote .....	22
c) Strafmaßverbote .....	23
d) Schuldgrundsatz als Grundlage .....	24
6. Weithin unstreitige Grenzen der Todesstrafe .....	26
a) Verbot der Todesstrafe allein zu Abschreckungszwecken .....	27
b) Retribution und Spezialprävention .....	28
c) Grausame Vollstreckungsarten .....	28
d) Partielle Verbote .....	30
e) Todesstrafe als Strafmaß .....	30
f) Verhältnis zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Fragen der Eignung und Erforderlichkeit der Todesstrafe .....	30
II. Wortlaut und Systematik .....	32
III. Normgeschichte .....	33
1. Lebensgrundrecht als neuartiges Grundrecht .....	33
2. Weitverbreitete Todesstrafenbeschränkungen, vereinzelte Abschaffungsnormen .....	33
3. Paulskirchenversammlung .....	34
a) ‚Selbst bei dem Verbrecher die Menschenwürde zu achten‘ (zu Pranger, Brandmarkung und Züchtigung) .....	34
b) ‚Eine Barbarei, ebenso wie die ehemalige Tortur‘ .....	35
c) ‚Es soll kein Mensch Mittel für einen anderen sein‘ .....	35
d) ‚Daß man mit denselben Gründen auch die Tortur vertheidigen kann‘ .....	36
c) Zusammenfassung .....	37
4. Preußische Nationalversammlung von 1848 .....	37
a) ‚Eine rein thierische Strafe‘ .....	38
b) Humanität als Lebensprinzip der neuen Zeit .....	39
c) ‚Niemals nur Mittel‘, sondern ‚Zweck an und für sich‘ .....	39
d) Kriegszustand – ‚Was überhaupt unsittlich ist, darf doch in keinem Falle zur Anwendung kommen‘ .....	40
e) Zusammenfassung .....	41
5. Landesverfassungen der Nachkriegszeit .....	42
6. Radbruch (1948) .....	42

IV. Entstehungsgeschichte .....	43
1. Herrenchiemsee – ‚ob zur Wahrung der Würde ... nicht begriffsnotwendig das Verbot der Todesstrafe gehört‘ .....	43
2. Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates .....	45
a) Vereinbarkeit der Todesstrafe mit dem Lebensgrundrecht nur bei schwersten Verbrechen: Bergsträsser-Katalog und Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion .....	46
b) Vorbehaltloses Lebensgrundrecht – Fassung zweiter Lesung des Grundsatzausschusses und Reaktion des Redaktions- ausschusses .....	46
c) Todesstrafe als ungeschriebene Schranke des Lebensgrundrechts: ‚Wir haben in der Fraktion zu dieser Frage gesprochen‘ .....	47
3. Hauptausschuss .....	49
a) Antrag der Deutschen Partei in der zweiten Lesung .....	50
b) Schrankenklausele als Zufallsprodukt der zweiten Lesung – Unerheblichkeit für die Argumentation der Abschaffungsgegner ...	51
c) Ausweichen auf das Zuständigkeitsargument .....	52
d) Infragestellung der Legitimation des Parlamentarischen Rates (Walter) .....	53
e) ‚Unmöglich, ... in der letzten Minute eine solche ... Frage zu entscheiden‘ (Süsterhenn) – stillschweigende Zulassung oder ausdrückliches Verbot? .....	55
f) Mit der Institution der Todesstrafe ‚endgültig ... Schluß zu machen‘ (Wagner) .....	56
g) Mit dem Lebensgrundrecht ‚bereits abgeschafft‘ (Renner) .....	59
h) ‚Mit dem Töten von Amts wegen schlechthin ein Ende machen‘ (Schmid) .....	59
i) Aussetzung und Abstimmung .....	61
4. Plenum .....	62
a) ‚Im Augenblick nicht entbehrlich‘ (de Chapeaurouge) .....	62
b) ‚Daß das Leben etwas Heiliges ist‘ (Wagner) .....	63
c) ‚Das Recht auf Leben als sogenanntes Grundrecht‘ (Renner) .....	65
d) Abstimmung .....	66
5. Todesstrafenverbot als deutscher Sonderweg? .....	66
a) Vergangenheitspolitisches Motiv des Schutzes vor den Alliierten ...	67
b) ‚Ich würde mich mit meiner eigenen Haltung in Widerspruch setzen‘ – normative Verbindlichkeiten aus der Berufung auf die Menschenrechte .....	71
6. Erste Streichungsdebatte zu Art. 102 GG (1950) .....	72
a) Parlamentarischer Rat als ‚Geschöpf der Sieger‘ und Todesstrafe für ‚alle diese Unmenschen‘ und ‚Untiere‘ – Antrag der Bayernpartei .....	72
b) Reaktionen von Dehler, Wagner und Laforet .....	74
c) ‚In Dingen der Humanität ... mißtraue ich dem Plebiszit‘ (Schmid) .	76

7. Zweite Streichungsdebatte zu Art. 102 GG (1952) .....	77
a) ‚Ist die Todesstrafe notwendig, oder ist sie nützlich?‘ (Dehler) .....	77
b) Von der Menschenwürde über das Lebensgrundrecht bis zu Art. 102 GG „zieht sich dieser Grundsatz“ (Wagner) .....	79
c) ‚Schlimmer als eine Bestie ist ein böser Mensch‘ (Meitingner) .....	81
d) Abstimmung und zweite Beratung .....	81
8. Zusammenfassende Würdigung der Entstehungsgeschichte ...	82
a) Menschenrechtlicher Entwicklungsstand von 1949 als Ausgangspunkt .....	82
b) Keine konkreten Anwendungsvorstellungen zur Änderungs- festigkeit des Todesstrafenverbotes .....	83
c) Allgemeine Anwendungsvorstellungen des Parlamentarischen Rates zum Verhältnis von Menschenwürde und nachfolgenden Grundrechten .....	85
d) Todesstrafenverbot als Konkretisierung des menschen- rechtlichen Grundsatzes der „Heiligkeit des Lebens“ (Wagner) ....	86
e) Bestätigung des Ergebnisses durch Aussagen von Ratsmit- gliedern außerhalb der Beratungen des Parlamentarischen Rates ...	88
f) Fazit .....	89
V. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe .....	90
1. ‚An die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen‘ – Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe (1977) .....	90
2. Erst-Recht-Schluss aus dem Menschenwürdekern des Resozialisierungsgebotes .....	92
VI. Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsvergleich .....	95
1. Europa .....	97
a) 13. Zusatzprotokoll zur EMRK und Art. 2 GRCh .....	97
b) Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK: Soering-Urteil (1989) und Al-Saadoon-Urteil (2010) .....	98
2. Weltweite abolitionistische Entwicklung .....	100
3. Partielle Todesstrafenverbote im Völkergewohnheitsrecht ....	100
4. Internationale verfassungsrechtliche Entwicklung .....	101
5. Vereinigte Staaten von Amerika .....	102
a) Rahmenbedingungen: prozedurale Schranken der Todesstrafe und Indizien für ein dynamisches Verbot grausamer und unüblicher Strafen .....	104
b) „Human Dignity“ und „Evolving Standards of Decency“: Das dynamische Verständnis des achten Verfassungszusatzes in der (bislang) ständigen Rechtsprechung des U. S. Supreme Court .....	107
c) Anerkennung der Todesstrafe als verfassungsgemäß bis Furman v. Georgia (1972) und seit Gregg v. Georgia (1976) .....	111

d) Todesstrafe als Menschenwürdeverletzung bei William J. Brennan .	112
c) „From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death.“ – Justice Blackmun in Callins v. Collins (1994) . . . . .	113
f) „Our narrowing jurisprudence“ – die fortschreitende Einengung der Todesstrafe und Erstreckung dieser Rechtsprechung auf die lebenslange Freiheitsstrafe . . . . .	114
g) Das Verbot der Todesstrafe für geistig behinderte Menschen seit Atkins v. Virginia (2002) als Streit um die Abwägung von Grundsatznormen . . . . .	117
h) ‚A decent Respect to the Opinions of Mankind‘ – Debatte über rechtsvergleichende Argumente . . . . .	118
VII. Irrtumsargument . . . . .	122
VIII. Ergebnis . . . . .	122

## 2. Kapitel

### Folterverbot

I. Einleitung . . . . .	125
1. Der philosophische Hintergrund . . . . .	125
a) Konsequentialismus und Nicht-Konsequentialismus . . . . .	126
b) Ein philosophisches „Standardbeispiel“ . . . . .	128
c) Bedeutung für die Konsequentialismusdebatte . . . . .	130
2. Folter zu Präventivzwecken in Demokratien im 20. und 21. Jahrhundert . . . . .	131
3. Die verfassungsrechtliche Debatte . . . . .	135
a) Ein soziologischer Auslöser: Luhmann als teilnehmender Beobachter . . . . .	135
b) Winfried Bruggers Thesen: das Recht auf Folter de constitutione et de lege lata . . . . .	137
c) Reaktionen auf Bruggers Thesen – insbesondere Herdegens Kommentierungen des Art. 1 GG (2003–2009) und der „Aufruf zur Verteidigung des Folterverbots“ (2005) . . . . .	140
d) Folterverbot als Tabu? . . . . .	142
c) Juristischer Entscheidungszwang: Binäre Kodierung des Rechts und Figuren der Unentscheidbarkeit, des „Widerstreits“ oder eines „rechtswertungsfreien Raums“ . . . . .	146
4. Die Begriffe der Folter, der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung und der Misshandlung . . . . .	149
a) Abwägungsfeste Schwellenbegriffe . . . . .	150
b) Unmenschliche oder erniedrigende Behandlung . . . . .	151
c) Folter zur Aussageerzwingung . . . . .	152

d) Folter zu anderen Zwecken als der Aussageerzwingung – Vorzüge und Schwächen der Definition aus Art. 1 Abs. 1 UN-Folterverbotskonvention .....	153
c) Definitionsvorschlag .....	155
f) Folter im Sinne von Art. 3 EMRK – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte .....	155
g) Abgrenzung von zulässigem hoheitlichem Zwang und Verletzungen des Art. 3 EMRK – „Schmälerungen der Menschenwürde“ als Frage einer Einzelfallabwägung? (Bouyid-Urteil von 2015) ....	157
h) El Masri-Urteil (2012) zur Gefangennahme-Prozedur der CIA im Rahmen von „extraordinary renditions“ .....	161
5. Logik der Folter zur Aussageerzwingung .....	165
6. Folter minderen Grades? .....	167
II. Folter schon nach geltender Gesetzeslage? – Eine Erinnerung an den grundrechtlichen Parlamentsvorbehalt .....	169
III. Achtungspflicht und Schutzpflicht für die Menschenwürde .....	172
1. Keine Notwendigkeit von Kollision, Abwägung und Vorrang der Schutzpflicht .....	173
2. Kategorische Geltung der Achtungspflicht ungeachtet der Schutzpflicht .....	175
IV. Das Misshandlungsverbot aus Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG und die Menschenwürde .....	177
1. Ausnahmefeindlichkeit des spezifisch und kategorisch formulierten Wortlautes .....	177
2. Herrenchiemsee .....	178
a) Die Grundrechte „schärfer zu formulieren“ – der Vorschlag Baades für ein Misshandlungsverbot .....	178
b) Misshandlungsverbot als Bestandteil der Menschenwürdegarantie .	179
3. Parlamentarischer Rat .....	180
a) „Menschenwürde schließt aus, daß jemand geprügelt wird.“ (Bergsträsser) .....	180
b) „Damit etwas Derartiges nicht mehr möglich ist.“ – Verweise auf den Nationalsozialismus .....	180
c) ‚Daß es unmöglich ist‘, einen Festgehaltenen ‚überhaupt nur anzupacken‘ – weites und kategorisches Verständnis des Misshandlungsverbotes .....	181
d) ‚Non nostri saeculi est.‘ – Folter als ‚Barbarei‘ bei Carlo Schmid ...	184
e) Ergebnis: Kategorisches Misshandlungsverbot als Bestandteil des Achtungsanspruchs für die Menschenwürde .....	185
4. Verfassungssystematik .....	187
a) Einschränkung durch kollidierendes Verfassungsrecht? .....	187
b) Rückschlüsse für das Verhältnis von Folterverbot und Lebensgrundrecht: Schlimmer als der Tod .....	187

5. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	188
a) Menschenunwürdige Behandlung .....	188
b) Kammerbeschlüsse zur Folterandrohung im Fall Gäfgen (2004 und 2008) .....	190
c) Vergleich mit der Zulässigkeit von Nothilfetötungen (Luftsicherheitsgesetz-Urteil) als Abwägung von Grundsatz- normen .....	191
d) Ergebnis zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	193
V. Konventionskonforme Auslegung: Art. 3 EMRK .....	193
1. Wortlaut und Systematik: Kategorische Fassung des Art. 3 EMRK und Notstandsfestigkeit (Art. 15 Abs. 2 EMRK) .....	194
2. Allgemeine Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Auslegung der Menschenrechtskonvention als völker- rechtlicher Vertrag .....	195
3. Entstehung des Art. 3 EMRK in der Beratenden Versammlung des Europarates: ‚Für keinen wie auch immer gearteten Zweck‘, sei es ‚die Rettung von Leben oder auch die Sicherheit des Staates‘ .....	196
4. Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK .....	200
5. Bundesverwaltungsgericht und Schweizerisches Bundesgericht .....	204
VI. Menschenrechtsfreundliche Auslegung .....	205
1. Art. 4 GRCh – Aranyosi-Urteil des EuGH zum Europäischen Haftbefehl .....	205
2. Universelles Völkervertragsrecht .....	206
a) Art. 2 UN-Folterverbotskonvention: ‚Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art ... dürfen nicht als Recht- fertigung geltend gemacht werden.‘ .....	206
b) Israelischer Supreme Court zu den völkervertraglichen Folterverboten .....	207
c) Wertungslücken? – Grenzen der Auslegung des Völker- vertragsrechts .....	209
3. Völkergewohnheitsrecht .....	212
VII. Keine Relativierung durch strafrechtliche Notstands- oder Nothilfebefugnisse, sei es von Amtsträgern, sei es von Privaten .....	214
VIII. Ergebnis zum positiven Recht .....	216
IX. Das Folterverbot als rechtliche Grenze auch des Ausnahmestands und die „notstandstheoretische Unausweichlichkeit“ (Poscher) der tragischen Wahl .....	218

X. Zur rechtsphilosophischen Diskussion .....	219
1. Rechtsphilosophie und positives Recht .....	219
a) Abwägungsfestigkeit des positiven Rechts diesseits der Ungerechtigkeitsschwelle .....	220
b) Folterverbot, inklusiver Positivismus und Ungerechtig- keitsschwelle .....	221
2. Ethische Schutz- und Achtungstheorien der Menschenwürde .	222
a) Deontologische Achtungstheorie der Menschenwürde .....	222
b) Konsequentialistische Schutztheorie der Menschenwürde .....	223
c) Schutzakt-Deontologie .....	225
3. Reichweite der Schutztheorien: Folgewirkungen einer rechtlichen Foltererlaubnis .....	226
a) Abwägungsfeste Abwehrrechte zugleich als bester Schutz der Menschenwürde? – Grundrechtskataloge als historische Antworten auf eine empirische Frage der Effektivität .....	227
b) Irrtumsargument .....	228
c) Missbrauchsargument .....	229
d) Argument der schiefen Ebene oder Dambruch-Argument .....	231
e) Zivilisierungsargument .....	232
f) Den Terroristen nicht in die Falle gehen: Gewaltspirale und staatliche Repression als strategische Ziele des Terrorismus .....	232
g) Unwahrscheinlichkeitsargument .....	233
4. Grundsätzliche Vereinbarkeit von Konsequentialismus und rechtlchem Folterverbot .....	233
a) Ineinanderfallen von konsequentialistischer und deonto- logischer Position bei Maßgeblichkeit des Irrtumsarguments .....	235
b) Absolutes rechtliches Verbot als verbreitete regel- konsequentialistische Position .....	236
c) Inkonsistenz einer regelkonsequentialistischen Katastrophen- ausnahme: Von den notwendigen moralischen Kosten eines absoluten rechtlichen Folterverbots .....	241
d) Ergebnis der konsequentialistischen Folgenerwägungen .....	243
5. Zwischenergebnis zur Frage einer rechtsphilosophischen Relativierung der positivrechtlichen Befunde zum Folterverbot .....	243
6. Ein deontologischer Standpunkt .....	244
a) Foucaults Verdacht .....	244
b) Zum Vorwurf des ethischen Rigorismus: Unantastbarkeit der Würde und Gemeinschaftsvorrang als gleichermaßen rigoristische Positionen .....	245
c) Würden wir, um die Welt zu retten, auch Unschuldige foltern? ....	247
d) Identität und Integrität – Tun und Unterlassen .....	250

7. Folter und Nothilfe .....	251
a) Selbstgefälligkeit und Selbstmordpakt .....	252
b) Die Menschheit nicht ‚in der leidenden Person zum Scheusal machen‘ .....	253
c) Das Gebot der Feindesachtung als Nothilfegrenze .....	255
Literaturverzeichnis .....	259
Sachregister .....	273