

2. Teil: Christlich-Europäischer Rechtskreis

A. Das Folterverbot in der deutschen Rechtsgeschichte

„Sich mit der Geschichte des Folterns zu beschäftigen kann vielleicht auch dazu beitragen, in der Argumentation und im Handeln nicht in eine Vergangenheit zurückzufallen, die vergangen sein sollte.“²¹⁵

Die Folterpraxis vergangener Jahrhunderte ist in ihrem Ausmaß befremdlich und aus heutiger Sicht schwer verständlich. Wir sollten uns allerdings davor hüten, überheblich aus unserer Epoche auf diese Zeit zurückzublicken. Vielmehr sollten wir – mit den Worten von *Erler* – zu der „warnenden Erkenntnis“ kommen, „daß der Mensch in jeder Epoche, auch wenn er guten Willens ist, der Gefahr entsetzlicher Verirrungen ausgeliefert ist“.²¹⁶

I. Etablierung der Folter

Es ist nicht klar zu bestimmen, wann der Gebrauch der Folter seinen Anfang fand. Die Idee aber, einen Menschen so lange zu quälen, bis er einem gewünschten Verhalten nachkommt, insbesondere eine Aussage macht, ist so einfach, dass sie keiner besonderen Erfindung bedurfte, sondern lediglich ein Verhältnis der Über- und Unterordnung erfordert. Nach der oben²¹⁷ erarbeiteten Definition setzt Folter voraus, dass sie von staatlicher Seite angewandt wird. Somit kann Folter im juristischen Sinne nur dort auftreten, wo eine gewisse staatliche Autorität und Durchsetzungskraft besteht.

²¹⁵ *Scharff*, Eine unsichere und gefährliche Sache, FAZ Nr. 142 vom 22. Juni 2004, S. 6.

²¹⁶ *Erler*, in: *Erler/Kaufmann* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, Stichwort *Inquisition*, S. 370 (374).

²¹⁷ 1. Teil A I 3 d).

1. Wurzeln: Antikes Griechenland und Rom

a) Griechenland

Bereits in der Antike wurden Foltermethoden angewandt. Im antiken Griechenland wurde die Folter anfänglich nur eingesetzt, um die Aussage eines Sklaven zu verifizieren. Diese galt vor Gericht nämlich erst dann als vertrauenswürdig, wenn sie unter Foltereinwirkung aufrechterhalten blieb.²¹⁸ Dies lag daran, dass der Sklave als Objekt seines Herrn galt und keine moralische Autorität besaß.²¹⁹ Dem Sklaven kam überdies keine Rechtspersönlichkeit zu, so dass nur sein Herr als verletzt galt, wenn dem Sklaven etwas angetan wurde und sich ebenso nur sein Herr verantworten musste, wenn der Sklave Rechte anderer verletzt hatte.²²⁰ In prozessualer Hinsicht befand sich der Sklave daher immer in der Rolle eines Zeugen. Oft musste die Gegenpartei, die zur Folterung des Sklaven aufgefordert hatte, eine Entschädigung zahlen, wenn der Sklave durch die Folter einen Schaden davongetragen hatte.²²¹

b) Rom

aa) Personenkreis

Auch die Römer kannten die Sklavenfolter zur Bestätigung ihrer Aussagen. Während der Zeit der römischen Republik durfte die Folter zwecks Geständniserrpressung nicht an Freien vorgenommen werden.²²² Die Anwendung der Folter weitete sich dann aber mit der niedergehenden römischen Demokratie und Aufhebung der römischen Bürgerrechte auch auf Freie *als Angeklagte* aus,²²³ wobei hier zwischen Personen des höheren und Personen des niederen Standes unterschieden wurde. Der höhere Stand war grundsätzlich von der Folter befreit, es

²¹⁸ *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 5.

²¹⁹ *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 24.

²²⁰ *Holzhauer*, in: Amnesty International, S. 107 (108).

²²¹ *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 5.

²²² *Mommesen*, Römisches Strafrecht, S. 405. Die Folter von Freien *als Zeugen* wurde erst später und dann auch vornehmlich nur in Majestätsprozessen vorgenommen (S. 407 f.). Bei den Sklaven wurde nicht danach unterschieden, ob sie in der Person des Angeklagten oder als Zeugen auftraten (S. 417).

²²³ *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 6; *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 24; *Falk*, Zur Folter im deutschen Strafprozeß, Rn. 21.

sei denn, es stand der Vorwurf eines Majestätsverbrechens, der Magie oder Fälschungsstraftaten im Raum. Der niedere Stand wurde – wie die Sklaven – der Folter auch in anderen Verfahren zugeführt.²²⁴ Als Majestätsverbrechen galt, was die kaiserliche Herrschaft bzw. die seiner Repräsentanten negierte.²²⁵ In der Praxis wurden als Majestätsverbrechen nicht nur Taten, sondern auch schon die abweichende Gesinnung verfolgt.²²⁶ Die Funktion der Folter bestand somit im Machterhalt der Herrschenden.

bb) Umfang

Schon im römischen Recht durfte die Folter nicht grenzenlos erfolgen. Sie war nur zulässig, wenn feststand, dass eine Straftat von einigem Gewicht vorlag.²²⁷ Man erkannte bereits in der Antike, dass eine unter Folter erpresste Aussage nicht unbedingt der Wahrheit entsprechen muss.²²⁸ So bezeichnete der römische Jurist *Ulpian* die Folter als „res fragilis et periculosa, quae veritatem saepius fallit“. ²²⁹ Der Wahrheitsgehalt war durch Indizien und Beweise zu überprüfen.²³⁰ Nach *Schmoeckel* ist das „Mißtrauen gegenüber der erforderten Aussage ... geradezu ein Kennzeichen für das römische Recht“. ²³¹

Die Folter blieb jedoch in ihrer Anwendung nicht auf die Verbrechensaufklärung im engen Sinne begrenzt. Es ist bekannt, dass sie auch gegen die frühen Christen eingesetzt wurde, um diese zu einem Widerruf ihres Glaubens zu zwingen.²³² Die römischen Kaiser nahmen insbesondere deswegen Anstoß an den Christen, weil diese es verweigerten, dem Kaiser göttliche Ehre zu erweisen und Christus abzuschwören.²³³ Im Zuge

²²⁴ *Mommsen*, Römisches Strafrecht, S. 406 f.

²²⁵ *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 6.

²²⁶ *Spirakos*, ebd., der hier insbesondere auf die Christenverfolgung hinweist.

²²⁷ *Mommsen*, Römisches Strafrecht, S. 417 m. w. N. in den römischen Originalquellen.

²²⁸ *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 24 f.

²²⁹ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 64; *E. Peters*, Folter, S. 61.

²³⁰ *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyder, S. 437 (442).

²³¹ *Schmoeckel*, ebd., S. 437 (441).

²³² Vgl. *Amnesty International*, Report on Torture, S. 28.

²³³ Vgl. *Koep*, in: Klein (Hrsg.), Das frühe Christentum im römischen Staat, S. 302 (306 ff.).

der Christenverfolgung wurden die festgenommenen Christen erpresst, weitere Namen preiszugeben.²³⁴ Wird Folter eingesetzt, um Überzeugungen zu manipulieren bzw. auszulöschen, ist eine neue Stufe der Grausamkeit erreicht: Ziel ist es nicht mehr, einen Sachverhalt zu erforschen, sondern Menschen in ihrer Persönlichkeit zu zerstören, indem man sie ihrer persönlichen Meinungen und Überzeugungen beraubt.²³⁵

2. Das Mittelalter im germanischen Raum

Es wird unterschiedlich beurteilt, ob die Folter erst im Zuge der Rezeption²³⁶ ihren Weg in den deutschen Raum fand,²³⁷ ob sie aufgrund eigener Tradition existierte²³⁸ oder ob sie sogar ununterbrochen seit der Antike Anwendung fand.²³⁹

a) Die Germanen (um 100 bis 600 n. Chr.)

Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung ist davon auszugehen, dass die Folter über das römische Recht auch bei den Germanen bekannt war,²⁴⁰ allerdings *keine bedeutende Rolle* gespielt hat.²⁴¹ Die Germanen hatten keine zentrale Staatsordnung, sondern waren dezentral in Sippen organisiert. Damit fehlte eine wichtige, die Folter begünstigende Voraussetzung.²⁴² Die Aufgabe der Verfolgung einer Straftat oblag somit nicht „dem Staat“, sondern den einzelnen Sippen oder dem Einzel-

²³⁴ *Dibelius*, in: Klein (Hrsg.), *Das frühe Christentum im römischen Staat*, S. 47 (80).

²³⁵ Diese neue Dimension erkannten auch einige römische Juristen und verurteilten diese Ausdehnung der Folter, siehe *Amnesty International*, *Report on Torture*, S. 28.

²³⁶ „Rezeption“ bedeutet die Aufnahme des römischen Rechts in die Rechtsordnungen des Mittelalters, siehe Überblick in *Creifelds* Rechtswörterbuch, hrsg. von Klaus Weber, Stichwort „Rezeption“.

²³⁷ Vgl. *Rüping/Jerouschek*, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, Rn. 79 ff.

²³⁸ *Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, § 75 f. (S. 92 ff.).

²³⁹ *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyder, S. 437 (464).

²⁴⁰ *Schmoeckel*, ebd., S. 437 (445).

²⁴¹ *Ingelse*, *The UN Committee against Torture*, S. 25.

²⁴² *Ingelse*, ebd.

nen als Teil der Sippe.²⁴³ Unrecht wurde zum einen durch die persönliche *Rache* eines Einzelnen oder durch die *Fehde* der Sippe gesühnt. Im Verständnis der Germanen wurde durch eine Straftat nicht das Verhältnis des Straftäters zum Volk, dem „Staat“ berührt, sondern nur zum Verletzten und seiner Sippe.²⁴⁴ Die Bestrafung war somit keine öffentliche, sondern eine private Angelegenheit.²⁴⁵ Der Zweck der Rache bestand darin, den Gegner und seine Sippe zu demütigen, nicht aber in der Zufügung von Schmerzen oder Qualen.²⁴⁶ Anstelle von Rache und Fehde durften in den meisten Fällen auch Sühneverträge geschlossen werden, die eine Sühneleistung an die verletzte Partei zum Inhalt hatten.²⁴⁷ Sowohl Rache und Fehde als auch die Sühneverträge konnten ohne staatliche Mitwirkung geschehen.²⁴⁸ Es gab aber zunehmend auch gerichtliche Schlichtungsstellen, wo ein Sühnevertrag verhandelt werden konnte, wobei das Beweisverfahren nicht vor dem Gericht stattfand, sondern zwischen den Parteien abgemacht wurde. Erst später wurde auch dieser Teil in das gerichtliche Verfahren integriert.²⁴⁹ Folter aber wurde im römischen Recht gerade für das Beweisverfahren benötigt, also für einen Teil, der bei den Germanen lange Zeit gar nicht gerichtlich verhandelt wurde. Hier wird deutlich, dass im germanischen Rechtsgang für die Folter von Staats wegen zunächst kaum Platz war. Eine gerichtliche Entscheidung endete mit einem beide Parteien bindenden Sühnevertrag.²⁵⁰ Bestritt der Beklagte den vom Kläger behaupteten Geschehensablauf, so wurde vom Gericht der zu erbringende Beweis festgelegt²⁵¹ und darüber hinaus bestimmt, was der Ausgang des

²⁴³ Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 5, S. 23.

²⁴⁴ Schmidt, ebd., § 4, S. 22.

²⁴⁵ Ingelse, The UN Committee against Torture, S. 25.

²⁴⁶ Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 6, S. 24.

²⁴⁷ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 23. Eine Sühneleistung war nicht ausreichend und daher nicht möglich bei besonders schweren Straftaten wie Verrat, Verletzung der Heiligtümer, Zauberei etc.

²⁴⁸ Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 27, S. 37.

²⁴⁹ Schmidt, ebd.

²⁵⁰ Schmidt, ebd., § 29, S. 39.

²⁵¹ Schmidt, ebd.

Beweises für rechtliche Konsequenzen haben sollte.²⁵² Der Beweis wurde also außerhalb des Gerichts erhoben, und zwar in den Formen eines Eides, eines Gottesurteils oder Zweikampfes.²⁵³ Der *Eid* konnte entweder durch den Kläger erbracht werden, der damit die Schuld des Beklagten beteuerte, oder er konnte vom Beklagten zur Glaubhaftmachung seiner Unschuld geleistet werden. In wichtigen Fällen war die Bestärkung durch Eideshelfer notwendig.²⁵⁴ Dem *Gottesurteil* lag die Vorstellung zugrunde, dass eine Gottheit Schuld oder Unschuld offenbart, wenn sich der Beschuldigte einer rituellen Probe aussetzte.²⁵⁵ Beim *Zweikampf* galt der als im Rechte und seine Behauptung als wahr, der den Sieg errang.²⁵⁶

b) Das Frühmittelalter (um 600 bis 1000 n. Chr.)

aa) Beweisrecht

Die Zeit der merowingischen und karolingischen Könige bedeutete allmählich einen Machtzuwachs auf Seiten der königlichen Gewalt. Es vollzog sich eine Wandlung von den Einwohnern als „Rechtsgenossen“ zum „Untertan“. ²⁵⁷ Zur Erhaltung der Macht war es für den König notwendig, die Missetäter effektiv zu verfolgen und auf diese Weise den inneren Frieden zu sichern.²⁵⁸ Die Bestrafung eines Täters bekam somit einen zunehmend öffentlich-rechtlichen Charakter.²⁵⁹ Die Fehde schränkte man in Frankreich ein bzw. verbot sie teils sogar.²⁶⁰ Das Beweisverfahren wurde langsam in Richtung der Erforschung der Wahrheit ausgebaut.²⁶¹ Es kannte aber weiterhin den Eid als Reinigungseid

²⁵² Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 24 f.; Schmidt, ebd., § 29, S. 39.

²⁵³ Schmidt, ebd., § 29, S. 39. Der Zweikampf wurde teilweise als eine Form des Gottesurteils angesehen, siehe Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 23.

²⁵⁴ Nähere Details zum Eid: Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 25.

²⁵⁵ Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 23.

²⁵⁶ Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 26.

²⁵⁷ Henkel, ebd., S. 27. (Diese Wandlung verlief freilich nicht zielgerade).

²⁵⁸ Vgl. hier auch Ingelse, The UN Committee against Torture, S. 25.

²⁵⁹ Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 30, S. 41 f.

²⁶⁰ His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, § 13 I.

²⁶¹ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 28 f.

des Beklagten oder Überführungsbeweis des Klägers. Die germanisch-heidnischen Bekräftigungsformeln schaffte man jedoch ab und ersetzte sie durch christliche. Die Gottesurteile wurden zwar grundsätzlich beibehalten, nun aber durch den Staat oder durch die Kirche ausgeformt.²⁶² Typische Formen des Gottesurteils waren der *Kesselfang*, bei dem der Beschuldigte einen Gegenstand aus einem Kessel voll siedenden Wassers fischen musste, das *Handeisen*, bei dem ein glühendes Eisen mit bloßer Hand zu befördern war oder auch der *Pflugscharengang*, der dem Beschuldigten das barfüßige Überschreiten neun glühender Pflugscharen abverlangte.²⁶³ Ebenso diente der *Zweikampf* noch als Beweismittel. Zusätzlich begann man, den Sachverhalt mittels Zeugenausagen aufzuklären, wobei an die Zeugen hohe Anforderungen gestellt wurden, um sich ihrer Glaubwürdigkeit sicher zu sein.²⁶⁴

In *fränkischer* Zeit war die Folter – jedenfalls zunächst – noch bekannt, nach Vorbild des römischen Rechts vornehmlich in Hochverratsfällen.²⁶⁵ Nicht abschließend geklärt ist, ob die Folter durch die Gottesurteile im Laufe der Zeit völlig verdrängt wurde oder ob ein Nebeneinander beider Institute bestand. Teilweise wird angenommen, dass es im fränkischen Prozess nicht auf die Wahrheitsfindung, sondern nur auf ein autoritativ-schicksalhafteres Urteil ankam, so dass die Gottesurteile die Folter völlig ersetzten.²⁶⁶ Eine andere Ansicht geht dagegen von einer Koexistenz der Beweisarten über viele Jahrhunderte aus und nimmt an, dass die Folter auch bei den Franken eine nicht unbedeutende Rolle spielte.²⁶⁷

Aus der Zeit der *Karolinger* sind im weltlichen Bereich noch weniger Quellen für die Folter übermittelt, was vermuten lässt, dass die formalen Beweismittel Eid, Gottesurteil und Zweikampf die Folter endgültig verdrängt hatten.²⁶⁸

²⁶² Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 30, S. 42.

²⁶³ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 29.

²⁶⁴ Henkel, ebd.

²⁶⁵ Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 80.

²⁶⁶ Vgl. zum Streitstand: Schmoeckel, in: FS Kleinheyer, S. 437 (449 ff.).

²⁶⁷ Schmoeckel, ebd., S. 437 (450).

²⁶⁸ Vorsichtig in der Deutung: Schmoeckel, ebd., S. 437 (451 f.). Schmoeckel weist darauf hin, dass sich in der Kirche auch zur Zeit der Merowinger Regelungen über die Folter finden, wobei immer wieder auch kritische Überlegungen angestellt werden und es Hinweise gibt, dass dem Klerus eine Teil-

bb) Verhältnis von sog. Gottesurteilen und Folter

Problematisch ist, ob die Gottesurteile einen direkten Vorläufer der Folter darstellen.²⁶⁹ Parallelen ergeben sich insoweit, als beide zum Zweck des Beweises stattfanden, beide Methoden in die körperliche Unversehrtheit der Menschen eingriffen und ihnen mitunter heftige Schmerzen zufügten.²⁷⁰ Gleichwohl stand hinter den Gottesurteilen ein völlig anderes System als hinter der Folter. Bei den Gottesurteilen appellierte man an die Unfehlbarkeit einer heidengöttlichen Entscheidung, während die Folter der Strafaufklärung durch Menschen diente.²⁷¹ Wo früher eine Gottheit ihr Urteil sprach, war es nun der Mensch, der den Prozess zu entscheiden hatte. Zwar glaubte man auch bei der Anwendung der Folter daran, dass Gott dem Gerechten helfen werde, die Tortur zu überstehen.²⁷² Dies war aber wohl mehr eine Gewissensberuhigung, weil man wusste, dass mitunter auch Unschuldige gefoltert wurden. Die Gottesurteile stellten formale Beweismittel dar; die Folter war selbst kein Beweismittel, sondern sollte den Tathergang aufklären, indem der Gefolterte Informationen preisgab. Ziel der Folter war nämlich das Geständnis oder das Erlangen von Informationen, während der Zweck des Gottesurteils allein darin lag, Schuld oder Unschuld zu beweisen.²⁷³ Eine eindeutige Abgrenzung der beiden Institute wird allerdings dadurch erschwert, dass das Geständnis anfangs einen sehr formalen Charakter hatte. Lange Zeit hielt man ein Geständnis in Bezug auf eine Verurteilung des Angeklagten für ausreichend, ohne dessen Wahrheitsgehalt zu überprüfen.²⁷⁴ Eine Wahrheitskontrolle jedes Geständnisses wird erst in der *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC)

nahme an Folterungen untersagt war. Nach dem 9. Jahrhundert seien jedoch die Beweise für die Folter sehr vereinzelt und geographisch verstreut (S. 461). *Schmoeckel* nimmt dennoch an, dass sich das römische Recht im Kirchenrecht über die Jahrhunderte fortgesetzt hat (S. 462, 464).

²⁶⁹ Siehe hierzu: *Baldauf*, Die Folter, S. 49 f.; *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 25; *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 75, S. 93.

²⁷⁰ *Langbein*, Torture and the Law of Proof, S. 7.

²⁷¹ Vgl. *Langbein*, ebd., S. 6.

²⁷² *E. Peters*, Folter, S. 79.

²⁷³ Vgl. *Sellert*, in: FS Scupin, S. 161 (165 f.).

²⁷⁴ *Kleinbeyer*, in: Kleinbeyer/Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, S. 367 (380).

verlangt (Art. 54 CCC).²⁷⁵ Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Folter die Gottesurteile nicht einfach ersetzt hat. Vielmehr stellte die Anwendung der Folter eine grundlegende Änderung im Strafrechtssystem dar.

c) Hochmittelalter (um 1000 bis 1300 n. Chr.)

Nicht gesichert ist, ob die Folter im Hochmittelalter Anwendung fand. Wie bereits ausgeführt, gibt es aus der Karolingerzeit nur wenige Belege über die Folterpraxis.²⁷⁶ Ab dem 9. Jahrhundert existieren kaum noch Quellen, die Aufklärung darüber geben, ob die Folter noch angewandt wurde.²⁷⁷ Das Fehlen entsprechender Quellen wird meist dahin gedeutet, dass es in dieser Zeit keine Folterpraxis gab.²⁷⁸ Wäre aber die Folter in dieser Zeit tatsächlich aufgegeben worden, so hätte es nahe gelegen, dass gerade die Abschaffung der langjährig angewandten Tortur dokumentiert worden wäre.²⁷⁹ Insofern lässt sich aus der Nichterwähnung der Folter kein hinreichender Schluss über die Fortdauer der Tortur ziehen.

d) Spätmittelalter (um 1300 bis 1500 n. Chr.)

aa) Beginn der Folter

Geht man mit der h. M. davon aus, dass die Folter ab der karolingischen Zeit immer weniger angewandt wurde und im Hochmittelalter gar nicht oder kaum noch vorhanden war, stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt und aus welchem Grund die Folter wiederauflebte.

²⁷⁵ Art. 54 CCC trägt die Überschrift: „Von nachfrag vnd erkundung der bösen bekanten vmbstenden“, zit. nach der Ausgabe Schroeder (Hrsg.); siehe auch *Kleinheyer*, ebd., S. 367 (381).

²⁷⁶ Schon ab dem 7. Jahrhundert nimmt die Anzahl der Quellen, die eine Folterpraxis belegen, ab; vgl. *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyer, S. 437 (439).

²⁷⁷ *Schmoeckel*, ebd., S. 437 (445, 463).

²⁷⁸ *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 80: „Wissenschaftliche Versuche, eine Kontinuitätslinie zu ziehen, vermögen nicht zu überzeugen.“

²⁷⁹ So *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyer, S. 439 (464 f.). *Schmoeckel* geht gerade von einer gegenteiligen „Beweislast“ aus, da es wahrscheinlicher sei, dass die Folter weiter angewandt wurde und ein Verbot der Folter nicht dokumentiert ist.

Wegbereitend für den Wiedereinzug der Folter mag die Abschaffung der formalen „Beweismittel“ in Form der Duelle und Gottesurteile gewesen sein.²⁸⁰ Im Jahre 1215 verbot Innozenz III. die Beteiligung Geistlicher an Gottesurteilen und verhinderte damit letztlich ihre Durchführung überhaupt.²⁸¹ Es war maßgeblich dieser Einfluss der Kirche, der die Abkehr von Duellen und Gottesurteilen bewirkte,²⁸² da in ihnen heidnischer Kult zum Ausdruck kam.²⁸³

(1) Folter und Rezeption

Zu welchem Zeitpunkt die Folter im deutschen Raum wiederauflebte, wird nicht einheitlich beurteilt. *Schmidt* nimmt an, dass die Folter schon gegen Ende des 12. Jahrhunderts, und zwar vor der Rezeption, die er zeitlich zum Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts einordnet,²⁸⁴ im deutschen Raum Anwendung gefunden haben müsse.²⁸⁵

²⁸⁰ Vgl. *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 27.

²⁸¹ *Müller*, in: Schlosser/Sprandel/Willoweit (Hrsg.), Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, S. 403.

²⁸² *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 26 f.

²⁸³ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 26.

²⁸⁴ *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 86, S. 107.

²⁸⁵ *Schmidt*, ebd., § 74 f., S. 91 ff. Er beruft sich hierzu auf eine Regelung im Wiener Neustädter Recht, die er auf ca. 1221 – 1230 datiert, in der die Folter nicht nur erwähnt, sondern bereits in ihrer Anwendung eingeschränkt wird. („Inhibemus eciam ne aliquis captivus siti, fame, vinculis, calore, frigore crucietur vel verberibus compellatur ad aliquid profitendum, nec de huiusmodi fassione testimonium audiat, nisi quis fateatur aliquid sane mentis coram iudice et civibus non coactus.“, zit. nach *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Bd. 1, S. 181, Quelle 72.) Hieraus folgert *Schmidt*, „daß man auf erheblich älteren Gebrauch [der Folter] schließen darf.“ Weiterhin stützt sich *Schmidt* auf eine Regelung für Geldern (1233) und Art. 375 des Schwabenspiegels (1275/76) [„... man sol in witzegen [zur Vernunft bringen] mit slegen an der sraiget [best. Foltervorrichtung]. vnd mit starker vancvnse. vnd mit hvnger. vnd mit vrostē vnd mit andern vbelen dīgen. vnz er veriehe [bis er gestehe].“, siehe *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Bd. 1, S. 181, Quelle 73 a: Der Schwabenspiegel (nach einer Handschrift von 1287), hrsg. von F.L.A. Frhr. von Lassberg, 1840: Art. 375 III (Folter)]. Aufgrund dieser frühen Verbreitung der Folter und der Datierung der Rezeption auf das ausgehende 15. und 16. Jahrhundert nahm *Schmidt* an, dass die Folter nicht aus dem römischen bzw.

Nach neuerer Ansicht ist die Folter im deutschen Raum erst später wieder eingeführt worden²⁸⁶ und kann auf den Einfluss römischen Rechts zurückgeführt werden.²⁸⁷ Dabei wird davon ausgegangen, dass die Rezeption in Deutschland bereits weit vor dem 15. und 16. Jahrhundert begonnen hat.²⁸⁸

Die Folterpraxis des Spätmittelalters hat sich von Italien aus nach Deutschland ausgebreitet.²⁸⁹ Die Einführung der Folter als zentrales Element der Strafaufklärung ist Ausfluss des Beginns der Verwissen-

Kirchenrecht übernommen wurde, sondern eine eigene Erfindung der Germanen war.

²⁸⁶ Vgl. *Schünke*, Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhunderts, S. 163; *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 29 (34 ff.; 36); zustimmend *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, S. 111, Fn. 186.

²⁸⁷ *Falk*, Zur Folter im deutschen Strafprozeß, Rn. 24; *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 29 (44, 46). *Trusen* setzt sich in seiner Abhandlung eingehend mit der von *Schmidt* begründeten These, die lange großen Einfluss auf die weitere Literatur hatte, auseinander und stellt überzeugend dar, warum sich die Folterpraxis im weltlichen Verfahren erst weit nach dem 12. Jahrhundert in Deutschland etabliert hat. Der Passus aus dem Recht von Wiener Neustadt rühre erst vom Ende des 13. Jahrhunderts her. Im Übrigen könne von dieser Regelung noch nicht auch zwangsläufig auf eine Rechtspraxis geschlossen werden. Bezüglich der Regelung für Geldern weist *Trusen* – wohl im Anschluss an *Schünke*, Die Folter im deutschen Strafverfahren des 13. bis 16. Jahrhunderts, S. 163 – nach, dass der dort gebrauchte Begriff „tortura“ nicht als „Folter“, sondern als „peinliche Strafe“ zu übersetzen ist. Die einschlägige Stelle im Schwabenspiegel schließlich hält *Trusen* für einen späteren Einschub, der gegen Ende des 13. oder Anfang des 14. Jahrhunderts aufgenommen wurde. (So auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 83). *Trusen* geht sogar davon aus, dass es sich bei richtiger Übersetzung dieser Stelle im Schwabenspiegel gar nicht wirklich um Folter handelt („... heißt nicht, man solle ihn schlagen bis er schreit, sondern, man solle ihn zunächst an den Pranger ‚schlagen‘ ... Dieses ‚Schlagen an den Pranger‘ mag für den Betroffenen schmerzhaft gewesen sein, eine Folter war das keineswegs.“, S. 41). Dem folgt *Jerouschek* nicht, sondern er hält dies für eine unzutreffende Übersetzung und „unhaltbares Ergebnis“; siehe auch *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 237.

²⁸⁸ *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 29 (118); *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyer, S. 437 (464), geht davon aus, dass das römische Recht bereits Mitte des 12. Jahrhunderts „in vollem Umfang wieder bekannt“ war.

²⁸⁹ *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 81.

schaftlichung des Rechts und der damit einhergehenden Beschäftigung mit dem alten römischen Recht.²⁹⁰ *Kroeschell* bezeichnet *Bologna* „als Geburtsort der romanistischen wie der kanonistischen Rechtswissenschaft ... , die als eng verschwisterte Disziplinen die folgenden Jahrhunderte der europäischen Rechtsentwicklung bestimmten“. ²⁹¹ Der Begriff „Rezeption“ ist für Italien allerdings unpassend,²⁹² weil hier kein fremdes Recht, sondern das alte eigene Recht eine Wiederbelebung erfuhr. Die Folter wird erstmals – soweit bekannt – in einem Gesetz in *Verona* im Jahr 1228 erwähnt.²⁹³ Mitte des 13. Jahrhunderts begegnet sie in den meisten städtischen Statuten.²⁹⁴ In *Frankreich* gibt es erste Quellen der Folter im 12. Jahrhundert (vgl. besonders Ordonnance von 1254 von Louis IX.), in *Spanien* wurde das justinianische Recht 1265 rezipiert.²⁹⁵

Die frühesten Nachweise der Folter in Deutschland finden sich in *Augsburg* (1321) sowie *Straßburg* (1322).²⁹⁶ Bezeichnenderweise handelt es sich bei beiden um *Bischöfsstädte*. Es wird angenommen, dass die Folter in Deutschland zunächst in der Ketzerverfolgung durch die Kirche eingesetzt wurde und darüber schließlich Eingang auch in die weltliche Strafverfolgung fand.²⁹⁷ Denn schon um 1275 wurde die Folter auf der Grundlage des römischen Rechts und Belegen des *Decretum Gratiani*²⁹⁸ in der kirchlichen Lehre als rechtmäßiges Institut angese-

²⁹⁰ Vgl. *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 43; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1, S. 237, weist darauf hin, dass sich insbesondere in *Bologna* ein Zentrum der Rechtswissenschaften entwickelte, wobei man sich auf die römischen Digesten besann.

²⁹¹ *Kroeschell*, ebd., S. 239.

²⁹² *Kroeschell*, ebd., S. 243.

²⁹³ *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 43.

²⁹⁴ Näher *Trusen*, ebd.

²⁹⁵ *Trusen*, ebd., S. 43 f.; *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 81.

²⁹⁶ *Rüping/Jerouschek*, ebd. Eine tabellarische Übersicht über die ersten nachgewiesenen Folterfälle in verschiedenen deutschen Orten/Gebieten findet sich bei *Baldauf*, Die Folter, S. 79 f.

²⁹⁷ *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 82.

²⁹⁸ *Gratianus* war ein Mönch in *Bologna*, der ca. 1140 die *Concordantia discordantium canonum* schuf, woraus sich später das *Corpus Juris Canonici* entwickelte, siehe *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 238.

hen.²⁹⁹ Die Rezeption beginnt in Deutschland im kirchlichen Bereich im 13. Jahrhundert und gibt den Anstoß für diesen Prozess auch im weltlichen Bereich.³⁰⁰ In diese Zeit fällt auch die Abschaffung der alten formalen germanischen Beweisverfahren (Reinigungseid, Gottesurteil, Zweikampf).³⁰¹ Die Einführung der Folter als Element des Gerichtsganges in Europa hat also ihre Wurzeln im römischen Recht.³⁰²

(2) Folter und Inquisitionsprozess

Die in dieser Zeit stattfindende Einführung des *Inquisitionsprozesses* in Deutschland hat die Anwendung der Folter begünstigt.³⁰³ Es oblag nämlich nunmehr dem Gericht selbst, die Sache *von Amts wegen* zu untersuchen.³⁰⁴ War bislang das Strafverfahren als *Parteienprozess* ausgestaltet, bei dem es vornehmlich um Streitschlichtung unter Zuhilfenahme von formalisierten Beweismitteln (Eid, Gottesurteil, Duell) ging, fiel es fortan in den Aufgabenbereich des Staates, das Verbrechen zu verfolgen und aufzuklären.³⁰⁵ Die Notwendigkeit einer effektiven Verbrechensbekämpfung stieg umso mehr, als die Kriminalität infolge des all-

²⁹⁹ *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 52. Gratian sprach sich nicht in vollem Umfang für die Folter aus. Vielmehr war er der Ansicht, dass Geständnisse grundsätzlich nicht unter Folter abgelegt werden dürfen und dass ein Kleriker keine Folterhandlung vornehmen dürfe. Er machte hiervon aber Ausnahmen für diejenigen, die einen Bischof angeklagt hatten oder teilweise auch für Menschen niederer Herkunft wie auch Sklaven, vgl. *E. Peters*, Folter, S. 83.

³⁰⁰ *Trusen*, ebd., S. 54; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, S. 243 f.: „Schon nach dem Urteil älterer Rechtshistoriker war das kanonische Recht die Brücke, über welche das römische Recht in Deutschland einziehen konnte, und das diesem Thema gewidmete Buch von *Trusen* hat diese Ansicht bestätigt.“ Vgl. hierzu auch: *Gmür/Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, Rn. 135: „Angewandt wurden die kirchenrechtlichen und römischrechtlichen Sätze zunächst vor allem in der *Praxis der kirchlichen Gerichte*, die im Mittelalter eine weite Zuständigkeit hatten ... Das römische Recht ist denn auch vor allem durch die Kirche in die Praxis eingedrungen ...“.

³⁰¹ *Trusen*, ebd., S. 54 (siehe oben 2. Teil A I 2 d) aa)).

³⁰² Vgl. auch *Trusen*, ebd., S. 44.

³⁰³ *Conrad*, Juristen Jahrbuch 8 (1967/68), S. 1 (2), datiert den Beginn des Inquisitionsprozesses auf das 13. Jahrhundert.

³⁰⁴ *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 237.

³⁰⁵ *Wesel*, ebd.

mählichen Verfalls der zentralen Reichsherrschaft und der daraus folgenden Dezentralisierung der Macht stieg.³⁰⁶

Damit ergab sich die Notwendigkeit, ein zuverlässiges Mittel zur Aufklärung einer Straftat zu finden. Neben einem Urkundenbeweis und der übereinstimmenden Aussage zweier Zeugen war es vor allem das Geständnis, das man für besonders aussagekräftig hielt. Eine Verurteilung war nicht aufgrund von Indizien möglich, sondern nur gestattet, wenn „voller Beweis“ erlangt war.³⁰⁷ Nach den damals geltenden festen Beweisregeln war voller Beweis z. B. bei zwei übereinstimmenden Zeugenaussagen oder auch bei einem Geständnis, das als „*regina probationum*“ galt,³⁰⁸ gegeben. Daher musste der Richter darauf hinwirken, dass im Falle von bloßen Indizien noch ein Geständnis abgelegt wurde.³⁰⁹ Aus dieser Überhöhung des Geständnisses heraus konnte die Folter, die als körperliches Zwangsmittel zur Erlangung einer Aussage eingesetzt wurde, ihre weite Verbreitung finden.

Die Folter war neben der Erzwingung eines Geständnisses auch zulässig, um einem *Zeugen* eine Aussage abzupressen.³¹⁰ Sowohl das Geständnis des Angeklagten als auch die Zeugenaussage mussten allerdings außerhalb der Folter auf dem sog. „Endlichen Rechtstag“ noch einmal wiederholt werden, um vor Gericht Geltung zu erlangen.³¹¹ Es ist fraglich, inwieweit der Angeklagte dadurch eine echte Chance hatte, trotz eines unter der Folter abgelegten Geständnisses einer Verurteilung zu entinnen.³¹² Nach einigen Rechtsquellen war es nämlich ausreichend, wenn die die Folter durchführenden Amtspersonen das Geständnis später beim Endlichen Rechtstag wiedergaben.³¹³

³⁰⁶ Vgl. *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 33.

³⁰⁷ *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 26.

³⁰⁸ *Sellert*, in: FS Scupin, S. 161 (167).

³⁰⁹ *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 26.

³¹⁰ *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, Rn. 391.

³¹¹ Vgl. *Eisenhardt*, ebd.; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, S. 112 f.

³¹² Ein positives Beispiel, bei dem der Angeklagte mit der Bitte gehört wurde, dass sein unter Folter abgelegtes Geständnis falsch sei, findet sich bei *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 77, S. 97; siehe auch *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Bd. 1, S. 186 f., Quelle 73 g.

³¹³ *Sellert*, in: FS Scupin, S. 161 (168 f.); *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Bd. 1, S. 113, 180 (Quelle 71 a), 188 ff. (Quelle 76 a bis d).

bb) Kirche und Folter

Ursprünglich stellten die Christen eine Minderheit dar, die unter Verfolgung und Folter zu leiden hatte.³¹⁴ Mit zunehmender Institutionalisierung der Kirche wuchsen jedoch ihr Einfluss und ihre Verbindung mit der Macht. Die Kirche beanspruchte für sich das Auslegungsmonopol der biblischen Schriften und untersagte zeitweise bei Strafe jedes eigene Studium derselben. Bis etwa zum 12. Jahrhundert lehnte die Kirche die Folter allerdings entschieden ab.³¹⁵ Erst im 13. Jahrhundert machte sie sich dann die Folter im Rahmen der *Ketzerprozesse* zunutze,³¹⁶ nachdem Papst Innozenz IV. die Folter zu diesem Zwecke im Jahr 1252 offiziell zugelassen hatte.³¹⁷ *Ketzerei* bedeutet im Wesentlichen die Abweichung von der *kirchlichen* Lehre, die sich besonders in bestimmten Handlungen zeigen kann.³¹⁸ Sie wurde als Schaden für die Gesellschaft, *als Pendant des Majestätsverbrechens im kirchlichen Reich*, betrachtet.³¹⁹ Die Ursprünge des Kirchenrechts finden sich im römischen Recht,³²⁰ dem die Folter gerade beim *crimen laesae maiestatis* bekannt war. Die Kirche focht regelrecht einen Existenzkampf gegen die Ketzer, „deren Glauben und Handeln z. T. die Züge von Massen-

³¹⁴ Vgl. nur Apostelgeschichte 4, 1 ff.; 7, 54 ff.; 8, 1; 12, 1 ff.; 14, 5, 19; 22, 24 f.; sowie siehe oben 2. Teil A I 1 b) bb).

³¹⁵ Zur Ablehnung der Kirche vgl. *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 27; *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 46; *Holzhauser*, in: Amnesty International, S. 107 (114): „Wiederholt hatten sich Päpste ausdrücklich gegen die Folter gewandt. Im 9. Jahrhundert warf Nikolaus I. einem Bulgarenfürsten deswegen die Verletzung göttlichen und menschlichen Rechtes vor ...“; *Holzhauser* hebt auch hervor, dass die Kirche, obwohl das kanonische Recht im römischen Recht fußt, die Folter zunächst nicht eingeführt hat; *Baldauf*, Die Folter, S. 51.

³¹⁶ *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 78, S. 98; *Ingelse*, The UN Committee against Torture, S. 26.

³¹⁷ *Kleinheyer*, in: Kleinheyer/Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Conrad, S. 367 (368). Ein Auszug aus der päpstlichen Bulle „*Ad extirpanda*“ von 1252 von Innozenz IV. findet sich in einer deutschen Übersetzung bei *Baldauf*, Die Folter, S. 53.

³¹⁸ *Holzhauser*, in: Amnesty International, S. 107 (115 f.).

³¹⁹ Vgl. *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 45 ff.; *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 307.

³²⁰ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 35.

psychosen trug“. ³²¹ Der Inquisitionsprozess gegen Ketzer hatte in erster Linie zum Ziel, eine Umkehr der Ketzer zur Kirche und ihren Glaubensinhalten zu bewirken. ³²² Neben den Ketzerprozessen wurde die Folter auch im Rahmen des „christlichen Antisemitismus“ gegen Juden eingesetzt, um die ihnen angehängten Vergehen zu „beweisen“. ³²³

Ein besonders dunkles Kapitel der Kirchengeschichte betrifft die Folterung von zumeist Frauen, die der *Hexerei* beschuldigt wurden. ³²⁴ War der Vorwurf der Hexerei in der Welt, sei es durch falsche Anschuldigung oder auffällige äußere Merkmale, so wurde die Person so lange unter Einwirkung von Folter gequält, bis sie die Vorwürfe einräumte und darüber hinaus weitere „Hexen“ preisgab. Sie befand sich in einer ausweglosen Situation: Schaffte sie es, kein Geständnis abzulegen, sondern die Folter zu ertragen, konnte ihr dies gleichwohl zum Verhängnis werden, weil dieses gleichsam übermenschliche Durchhaltevermögen „teuflischen Einfluss“ vermuten ließ. ³²⁵ Ebenso konnte die Folter, wurde sie unbegrenzt angewandt, zum Wahnsinn oder Tod führen. ³²⁶ Papst *Innozenz VIII.* billigte ausdrücklich im Jahre 1484 die Hexenverfolgung in der sog. Hexenbulle (Bulle „*Summis desiderantes affectibus*“). ³²⁷ Die Hexenprozesse erfolgten in Wellen und erreichten ihre Höhepunkte in der Zeit um 1562, 1590, 1626 und 1650. ³²⁸ Aus dem 18. Jahrhundert sind nur noch Einzelfälle bekannt; die letzte Hinrichtung in Deutschland soll 1775 in Kempten stattgefunden haben. ³²⁹ Die Folter führte zu einer immensen Ausdehnung der Hexenverbrennungen, weil mit ihr die „sinnlosesten ‚Geständnisse‘ und zahlreiche

³²¹ *Erler*, in: *Erler/Kaufmann* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. II, Stichwort „Inquisition“, S. 370 (374).

³²² *Erler*, ebd., S. 370 (372).

³²³ Siehe hierzu eingehend *Baldauf*, *Die Folter*, S. 20 ff.

³²⁴ Die Hexenprozesse sind auf reges Interesse in der wissenschaftlichen Aufbereitung gestoßen. Vgl. statt vieler die kompakte Darstellung bei *Baldauf*, *Die Folter*, S. 135 ff. Dabei wäre es ein Irrtum, das Thema „Hexerei“ der Vergangenheit zuzuschreiben, auch gegenwärtig gibt es Menschen, die sich als „Hexe“ bezeichnen (vgl. Suche im Internet unter „Stichwort“ Hexe).

³²⁵ *Holzhauser*, in: *Amnesty International*, S. 107 (117); siehe auch den Fall *Anna Eve*, dargestellt bei *Baldauf*, *Die Folter*, S. 152.

³²⁶ *Holzhauser*, ebd., S. 117.

³²⁷ *Eisenhardt*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Rn. 393.

³²⁸ *Falk*, *Zur Folter im deutschen Strafprozeß*, Rn. 2.

³²⁹ *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, Rn. 261, 264.

willkürliche Verdächtigungen von Mitmenschen ... erpreßt werden konnten“.³³⁰ Art. 109 CCC bestimmte, dass jemand mit dem Tode bestraft werden sollte, wenn er einem anderen durch Zauberei Schaden oder Nachteil zugefügt hatte. Eine – wohl nur in der Theorie bestehende – Milderung war vorgesehen, falls es durch die Zauberei zu keinem Schaden gekommen war.³³¹ Gerade bei diesen Prozessen spielte das unter Folter abgerungene Geständnis eine zentrale Rolle, weil der Beweis des Schadens durch Zauberei kaum anders geführt werden konnte.³³² Bemerkenswerterweise waren es aber gerade auch die weltlichen städtischen Gerichte, die Hexenprozesse betrieben.³³³

cc) Folter in der Gesetzgebung

Eine erste *gesetzliche Festschreibung* der Voraussetzungen für die Anwendung der Folter findet sich in der *Wormser Reformation* von 1498.³³⁴ Für die Praxis entscheidender³³⁵ waren allerdings die Regelungen in der *Bamberger Halsgerichtsordnung* von 1507 und vor allem der CCC von 1532, die einen großen Einfluss auf die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft hatte.³³⁶ Die CCC brachte, abgesehen von den Hexenprozessen, in vielerlei Hinsicht einen großen Fortschritt. Wenn sie auch die Folter nicht abschaffte, so setzte sie dieser doch klare Gren-

³³⁰ *Lieberwirth*, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Stichwort „Folter“, S. 1150 (1151).

³³¹ Art. 109 CCC (Straff der zauberey): „Item so jemandt den leuten durch zauberey schaden oder nachtheyl zufügt, soll man straffen vom leben zum todt, vnnd man soll solche straff mit dem feuer thun. Wo aber jemandt zauberey gebraucht, vnnd damit niemant schaden gethan hett, soll sunst gestrafft werden, nach gelegenheit der sach, darinnen die vrtheyler radts gebrauchen sollen, wie vom radt suchen hernach geschriben steht.“ (zit. nach der Ausgabe Schroeder (Hrsg.)); siehe hierzu *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 261.

³³² Vgl. *Holzhauser*, in: Amnesty International, S. 107 (116).

³³³ *Scharff*, Eine unsichere und gefährliche Sache, FAZ Nr. 142 vom 22. Juni 2004, S. 6, der davon ausgeht, dass die weltlichen Gerichte die kirchliche Inquisition in der Hexenverfolgung noch übertrafen.

³³⁴ *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 90.

³³⁵ Vgl. *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 (1250 – 1650), 1980, S. 270: er bezeichnet die Wormser Reformation als „mehr ein Werk der Rechtsgelehrsamkeit als der Gesetzgebung“.

³³⁶ *Trusen*, Strafprozeß und Rezeption, S. 92.

zen und entzog sie der bis dahin oft herrschenden Willkür.³³⁷ Nach Art. 40 CCC wurde der Antrag des Klägers auf Einleitung der Folter davon abhängig gemacht, dass die vorgeworfene Tat als bewiesen anzusehen war. Wenigstens aber musste, in den Worten unserer heutigen Begrifflichkeit, „hinreichender Tatverdacht“ vorgelegen haben.³³⁸ Es waren somit Indizien für das Vorliegen der Straftat notwendig, damit die Folter überhaupt zulässig war. Ein Urteil konnte dagegen nicht auf der Grundlage von Indizien gefällt werden,³³⁹ sondern nur aufgrund eines Geständnisses oder der übereinstimmenden Aussage von mindestens zwei Zeugen.³⁴⁰ Diese starre Beweisregel war der eigentliche Grund für die Notwendigkeit der Folter. Denn wo man keine Zeugen hatte, hätte ein bloßes Leugnen der Tat trotz erdrückender Indizien ausgereicht, um der Verurteilung zu entgehen. Dies hätte bedeutet, dass der nicht geständige Täter ungestraft davongekommen wäre.

Hervorzuheben ist, dass die Verurteilung nicht ungeprüft auf der Grundlage des Geständnisses erfolgte, sondern dass der Richter vielmehr das Geständnis aufgrund der angegebenen Tatsachen auf Glaubwürdigkeit nachzuprüfen hatte, zum Beispiel durch Fragen, die *„keyn vnschuldiger wissen oder sagen kan“*.³⁴¹ Henkel folgert daraus, dass „die in der Einrichtung der Folter liegende Gefährdung der Wahrheitsfindung ... auf diese Weise einigermaßen ausgeglichen, das Ziel der Erforschung ‚materieller‘ Wahrheit jedenfalls aufs deutlichste herausgestellt“ werde.³⁴² Fehlurteilen, die auf falschen Geständnissen beruhten, sollte zusätzlich durch die Wiederholung des Geständnisses außerhalb der Folter vorgebeugt werden. Diese Wiederholungspflicht dürfte indes im Hinblick auf die Wahrheitsfindung nur wenig Frucht getragen haben, da nach Art. 57 CCC wieder zur Folter übergegangen werden konnte, wenn der Beschuldigte das Geständnis *vor* dem Endlichen Rechtstag nicht anerkannte oder widerrief. Somit wird derjenige, der die Folter

³³⁷ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 42.

³³⁸ Henkel, ebd.

³³⁹ Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 104. Es durfte lediglich bei Vorliegen einer durch den Beschuldigten begangenen Straftat auf dessen Vorsatz geschlossen werden.

³⁴⁰ Vgl. Art. 67 CCC für die Verurteilung aufgrund von Zeugenaussagen; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 43.

³⁴¹ Aus Art. 53 CCC, zit. nach der Ausgabe Schroeder (Hrsg.); vgl. auch Art. 48 ff. CCC und insbesondere Art. 56 CCC; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 42.

³⁴² Henkel, ebd., S. 42.

scheute, sein Geständnis auch nachträglich nicht widerrufen haben.³⁴³ Am Endlichen Rechtstag selbst durfte dann das Geständnis auch durch die bei dem zuvor abgelegten Geständnis anwesenden Schöffen ersetzt werden, so dass ein Widerruf des Geständnisses hier praktisch nicht mehr möglich war.³⁴⁴

Wie man an den einschränkenden Regelungen der CCC erkennen kann, war man sich durchaus der Gefahren der Folter bewusst. Dennoch wollte man noch nicht den entscheidenden Schritt gehen und die Folter gänzlich abschaffen, sondern hoffte, durch begrenzende Regelungen die negativen Seiten der Folter weitgehend ausschalten zu können, um sie als Mittel der Überführung eines Straftäters beibehalten zu können. Auf genau dieser Linie befand sich auch die Strategie von *Benedict Carpozov* (1595 – 1666), der als Jurist in Sachsen wirkte und das Strafrecht weit über die Grenzen Sachsens hinaus in seiner Zeit prägte.³⁴⁵ Obwohl er die Grausamkeit der Folter und den fraglichen Wahrheitsgehalt eines durch sie erpressten Geständnisses erkannte, war er ein großer Befürworter der Folter. Er plädierte aber dafür, die Folter nur in eng gesteckten Grenzen einzusetzen, d. h. wenn der Angeklagte schon so gut wie überführt worden sei, wenn ihm ein hinreichend schweres Delikt zur Last gelegt wurde sowie grundsätzlich nur, wenn das *corpus delicti* aufgefunden wurde etc.³⁴⁶

dd) Gründe für die Anwendung der Folter

Angesichts des Ausmaßes, das die Folter im Spätmittelalter erreichte, liegt die Frage nach den Gründen auf der Hand. Es wäre bei weitem zu einfach, dies schlicht mit dem Verweis darauf zu erklären, dass der Mensch im Mittelalter ein viel härteres Leben gewohnt war, dass ihm Schmerzen und Tod viel näher standen als dem Menschen heute.³⁴⁷ Die

³⁴³ Vgl. auch *Kleinheyer*, in: Kleinheyer/Mikat (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Conrad, S. 367 (373).

³⁴⁴ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 43; *Kleinheyer*, ebd., S. 367 (373 f.).

³⁴⁵ Vgl. *Falk*, Zur Folter im deutschen Strafprozeß, Rn. 10 f.; siehe auch *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 115.

³⁴⁶ Vgl. eine Zusammenfassung hierzu bei *Falk*, Zur Folter im deutschen Strafprozeß, Rn. 33 ff.

³⁴⁷ Vgl. hier die plastischen Ausführungen bei *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, S. 93 ff., über die Grausamkeit im Mittelalter.

verbreitete Anwendung der Folter im Spätmittelalter ist eine Folge verschiedener Faktoren.

(1) Strafprozessuale Ebene

Zunächst riss die Abschaffung der Gottesurteile eine Lücke in das Beweisrecht, die es zu füllen galt. Hier erlangte das Geständnis, und in diesem Zuge auch die Folter, eine zentrale Stellung, da ohne ein Geständnis eine Verurteilung aufgrund des Beweisrechts nur schwer möglich war, insbesondere ein Indizienprozess nicht geführt werden durfte.³⁴⁸ Es stellt sich hier natürlich die Frage, warum man das Beweisrecht nicht so ausgestaltete, dass der Richter – wie heute – eine freie Beweiswürdigung hätte vornehmen dürfen und somit ein Urteil auch aufgrund von Indizien hätte fällen können. Dies wird wahrscheinlich daran gelegen haben, dass man einem Urteil, das auf einer freien Beweiswürdigung basierte, keine Autorität zuerkannt hätte. So versuchte man, die Autorität, die früher den Gottesurteilen zukam, durch das Einhalten von Vorschriften zu ersetzen.³⁴⁹ Formale Regeln schienen die Entscheidungsfindung abzusichern, die damals noch durch teils juristisch ungebildete Richter vorgenommen wurde.³⁵⁰ Vor allem wollte man sich im Zuge der Abschaffung der heidnischen Gottesurteile auf ein christliches Verfahren besinnen. Maßstab hierfür waren deswegen die Regelungen in der Bibel, nach denen eine Verurteilung nur möglich war, wenn mindestens zwei übereinstimmende Zeugenaussagen vorlagen oder ein Geständnis abgelegt wurde.³⁵¹

Die Folter fand Verbreitung, obwohl man sich schon sehr früh bewusst war, dass ein Geständnis, das unter Druck abgelegt wurde, fehlerhaft

³⁴⁸ Vgl. *Schild*, ebd., S. 160, der die Folter als „Verlegenheitslösung“ bezeichnet.

³⁴⁹ *Langbein*, *Torture and the Law of Proof*, S. 6.

³⁵⁰ Die Anfänge juristischen Studiums des römischen Rechts liegen im 12. Jahrhundert in Bologna und breiteten sich dann auch in andere Städte aus. Es dauerte allerdings noch bis ins 14. Jahrhundert hinein, dass Juristerei auch in Deutschland außerhalb der Kirche betrieben wurde. Deutsche Juristen eigneten sich ihr Fachwissen bis dahin im Ausland an (*Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, S. 237 ff.); siehe auch *Langbein*, *Torture and the Law of Proof*, S. 56.

³⁵¹ 5. Mose 17, 6; 19, 15; siehe ferner auch 2. Korinther 13, 1; 1. Timotheus 5, 19.

sein kann.³⁵² Da das Geständnis anfangs eine primär formale Funktion innehatte,³⁵³ nämlich die Ermöglichung der Aburteilung eines Straftäters, spielten diese Bedenken allerdings keine allzu große Rolle.³⁵⁴ Dies änderte sich mit dem wachsenden Bestreben, nicht nur die Schuldfrage zu klären, sondern auch die Straftat aufzuklären. Man versuchte nun, die Fehlerquote so gering wie möglich zu halten, indem man genaue Voraussetzungen für die Folteranwendung festlegte, die dann schließlich u. a. in der CCC auch schriftlich normiert wurden.

Auch zu einer Zeit, wo man sich der Fragwürdigkeit der Folter durchaus bewusst war, schaffte man sie nicht vollständig ab, sondern versuchte durch ergänzende Regelungen einem Missbrauch weitgehend vorzubeugen. Eine Abschaffung der Folter wäre überdies nicht nur eine kleine prozessuale Änderung, sondern eine große Reform gewesen, von deren Notwendigkeit die Machthaber erst einmal hätten hinreichend überzeugt sein müssen. Einfacher war es, die durch Regeln „gezähmte“ Folter beizubehalten und so sicherzugehen, dass die Effektivität der Strafverfolgung nicht leiden würde. Es fragt sich, warum man nicht wenigstens aufgrund der Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit von erpressten Geständnissen einen Indizienprozess zuließ. Die Antwort liegt darin, dass man der Überzeugung war, mit einem Geständnis der Wahrheit näher zu kommen als mit bloßen Indizien; die durch die Folter bedingte Fehlerquote meinte man mit den gesteigerten Anforderungen an die Voraussetzung der Folter befriedigend reduziert zu haben.³⁵⁵

³⁵² Vgl. E. Peters, Folter, S. 90: „Die Vorbehalte, die in den ungezählten, dem Folterrecht gewidmeten Schriften vom 13. bis zum 18. Jahrhundert zum Ausdruck gebracht werden, machen deutlich, daß sich die Juristen des Mittelalters und der frühen Neuzeit der Gefahren dieses Systems bewußt waren.“

³⁵³ In der Zeit der Franken und Karolinger und auch noch darüber hinaus scheint die Klärung der Schuldfrage wichtiger gewesen zu sein als die Sachaufklärung, vgl. Sellert, in: FS Scupin, S. 161 (166).

³⁵⁴ Vgl. Schild, Alte Gerichtsbarkeit, S. 162: „Eigentlich war die Wahrheit aber auch gar nicht gefragt. Die Folter sollte im Grunde nur die subjektive Überzeugung des Richters, sein gutes Gewissen, stärken und ihm ermöglichen, die Verantwortung des Inquisitionsprozesses durchzustehen. Gefoltert wurde im Interesse des Gerichtes, nicht um der Wahrheit willen. Zu sehr war man an formelle Beweismittel gewohnt gewesen!“

³⁵⁵ Ignor, Geschichte des Strafprozesses, S. 67. Ignor spricht sogar davon, dass die Verfasser der Carolina im Geständnis eine „Garantie der ‚Wahrheit‘“ sahen.

(2) Geistliche Ebene

Neben der Absicht, die Straftat aufzuklären, betrieb man die Folter auch aus einem ganz anderen Grund: Das Geständnis hatte zusätzlich die Funktion, dass sich der Straftäter mit seiner eigenen Schuld auseinander setzte.³⁵⁶ Der Straftäter sollte seine Sünde eingestehen und diese bekennen. Hierin sah man einen ersten Schritt einer Hinwendung zu Gott und somit zur Rettung der Seele des Täters.³⁵⁷ Dass das Geständnis, also die Beichte, erzwungen war, fiel dabei nicht negativ ins Gewicht. Eine Aussage galt nämlich auch dann noch als freiwillig, wenn sie später ohne unmittelbare Zwangseinwirkung bestätigt wurde.³⁵⁸ In Bezug auf die Hexenprozesse schreibt *Schild*: „Auch die Schmerzzufügung selbst wurde zum Teil als gegen den Teufel gerichtet verstanden, sei es, daß er vor den Schmerzen fliehen sollte, sei es daß die Schmerzen so groß werden sollten, daß der Gefolterte die Furcht vor dem Teufel überwinden und ihm abschwören konnte.“³⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist auch Art. 102 CCC zu lesen, nach dem der Verurteilte nach Möglichkeit vor seiner Hinrichtung die Beichte ablegen sollte. Die Straftat wurde als „Sünde gegen Gott“ gesehen und der Bestrafung eine Versöhnungsfunktion beigemessen.³⁶⁰

Neben der Versöhnung des Täters mit Gott wollte man auch die Gesellschaft vor dessen Zorn über ungesühntes Unrecht bewahren. Man glaubte, den Täter bestrafen zu müssen, um die Missetat vor Gott vergessen zu machen und seinen Zorn zu besänftigen.³⁶¹ Auch *Carpzov* sah die vornehmlichen Zwecke der Todesstrafe zum einen im Schutz der Gesellschaft vor den Straftätern, aber besonders auch in der Versöhnung mit Gott.³⁶² Entsprechend dieser Vorstellung gestaltete die CCC auch den Endlichen Rechtstag.³⁶³ So schreibt *Schild*: „es wurde

³⁵⁶ *Müller*, in: Schlosser/Sprandel/Willoweit (Hrsg.), *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter*, S. 403 (415).

³⁵⁷ *Müller*, ebd.; *Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses*, S. 72.

³⁵⁸ *Rüping/Jerouschek*, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, Rn. 78.

³⁵⁹ *Schild*, *Alte Gerichtsbarkeit*, S. 24.

³⁶⁰ *Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses*, S. 68.

³⁶¹ „... der mistat ist vor Gote vorgessin, vnd mit der peine wirt gotis czorn gesenftit“ (*Sellert/Rüping*, *Studien- und Quellenbuch*, S. 162, Quelle 53, Blume von Magdeburg).

³⁶² Näheres hierzu bei *Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses*, S. 70.

³⁶³ *Ignor*, ebd., S. 71.

feierlich der Sieg über das Böse zelebriert, was zugleich Anlaß eines freudigen Festes war; und auch weil die Menschen auf diese Weise den durch die sündhafte Übeltat als beleidigt betrachteten Gott wieder besänftigen und seine Vergeltungsmaßnahmen, wie Seuchen, Mißernten, Hungersnöte, abwenden konnten.“³⁶⁴ Es war nicht nur die Vorstellung eines Rache suchenden und vergeltenden Gottes, der das Weltbild der Menschen im Mittelalter bestimmte, sondern vor allem auch der tief wurzelnde Aberglaube, der sich teils auch mit dem Glauben vermischte.³⁶⁵

Dass dabei möglicherweise ein Unschuldiger Folterqualen erleiden würde, empfand man als tragbar, weil man in Anlehnung an das frühere Gottesurteil glaubte, Gott werde dem Gerechten schon helfen, die Folterqualen zu erdulden.³⁶⁶ Die Erinnerung an Märtyrer führte überdies zu einer positiveren Einstellung gegenüber dem Schmerz, dessen Überwindung als „vorbildlich“ galt.³⁶⁷

e) Peinliche Strafen

Begrifflich nicht mit der Folter verwechselt werden darf die Entwicklung eines Systems peinlicher Strafen (Körperstrafen), das den mittelalterlichen Sühnevertrag mehr und mehr verdrängte. Peinliche Strafen sollten der „Abschreckung, Unschädlichmachung und Sühne“ dienen.³⁶⁸ Wie bereits ausgeführt, umfasst der moderne Folterbegriff auch *Körperstrafen*, wohingegen rechtshistorisch die Folter auf die Zwangsanwendung zwecks Geständnisses oder sonstiger Informationsgewinnung begrenzt ist. Die Anfänge des peinlichen Strafrechts reichen bis in die römische³⁶⁹ und später fränkische³⁷⁰ Zeit zurück. Peinliche Strafen waren allerdings im Frankenreich zunächst nur für die „Unfreien“ vorgesehen, während die Freien ihre Schuld durch Entrichtung einer Geld-

³⁶⁴ *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, S. 98.

³⁶⁵ *Schild*, ebd., S. 100.

³⁶⁶ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 34.

³⁶⁷ *Schmoeckel*, in: FS Kleinheyer, S. 437 (461).

³⁶⁸ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 33.

³⁶⁹ *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 68.

³⁷⁰ Teilweise wird angenommen, dass peinliche Strafen bereits zur Zeit der merowingischen Könige angewandt wurden, vgl. Nachweise bei *Rüping/Jerouschek*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 14.

buße begleichen konnten.³⁷¹ Erst mit dem 7. Jahrhundert begannen sich die Körperstrafen auch auf Freie zu erstrecken, insbesondere bei Delikten, „die einen niederen, knechtischen Sinn offenbaren“.³⁷² Peinliche Strafen wurden oftmals als „spiegelnde Strafen“ ausgestaltet, z. B. wurde beim Meineid der Schwurfinger abgehauen oder die Zunge herausgeschnitten.³⁷³ Todesstrafen wurden häufig durch grausame Hinrichtungsmethoden, wie z. B. das Vierteilen³⁷⁴ oder Rädern,³⁷⁵ verschärft. In der fränkischen Zeit konnten allerdings *Verstümmelungsstrafen* immer auch in andere Strafen umgewandelt werden, vornehmlich in Geldstrafen.³⁷⁶ Im 11. und 12. Jahrhundert wurden Verstümmelungsstrafen im deutschen Raum immer verbreiteter. Die jüngeren Landfrieden bestraften dann anstelle mit Verstümmelung durch Hinrichtung.³⁷⁷ Eine Umwandlung in Geldstrafe war auch dort meist noch möglich.³⁷⁸ Die am meisten verbreitete Strafe war das Abhauen der Hand, beispielsweise bei Fälschung, Meineid, Diebstahl, immer mehr aber auch für Bruch des Haus-, Burg-, Markt-, Stadt- oder Landfriedens bis hin zu einer allgemeinen Strafe für Verwundungen.³⁷⁹ Eine besondere Körperstrafe stellte das Ausstechen der Augen dar.³⁸⁰ Neben diesen Verstümmelungsstrafen gab es auch „Strafen an Haut und Haar“, also Schläge, Haarverlust oder Brandmarkung.³⁸¹

³⁷¹ Rüping/Jerouschek, ebd., Rn. 12; vgl. auch His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, § 17 I.

³⁷² His, ebd., § 17 I und auch II („Im Frankenreich wird die Prügelstrafe erst in karolingischer Zeit gegen Freie angewandt, und auch bei den Langobarden begegnen derartige Bestimmungen erst seit der Mitte des 8. Jahrhunderts.“). His behandelt die Verstümmelungsstrafen und Strafen an Haut und Haar in gesonderten Abschnitten.

³⁷³ Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 65.

³⁷⁴ Stöckle, ... bis er gesteht, S. 106 f.; siehe die Schilderung der Vollstreckung dieser grausamen Strafe bei Foucault, Überwachen und Strafen, S. 9.

³⁷⁵ Rüping/Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, Rn. 66; Stöckle, ... bis er gesteht, S. 104.

³⁷⁶ His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, § 17 I.

³⁷⁷ His, ebd.

³⁷⁸ His, ebd.

³⁷⁹ His, ebd.

³⁸⁰ His, ebd.

³⁸¹ His, ebd., § 17 II.

II. Die Abschaffung der Folter

Der geschichtliche Prozess der Abschaffung der Folter ist äußerst komplex. In dieser Arbeit ist nicht der Raum, diesen Vorgang in Gänze zu beleuchten und im Detail darzustellen. Von Interesse ist hier, welche Argumente gegen die Folter ins Feld geführt wurden und aus welchen Gründen die Folter letztlich abgeschafft wurde. Die Aktualität und Bedeutung dieser geistesgeschichtlichen Grundlage für die Abschaffung der Folter fasst *Schmoeckel* zusammen: „Die Legalisierung der Folter in Ländern, die man eigentlich noch dem westlichen Kulturkreis meinte zuzuordnen können, weist jedoch auf die erneute Aktualität jener Argumente hin, die sich die europäischen Philosophen und Juristen des 18. Jahrhunderts gegenseitig vorhielten.“³⁸²

1. Überblick über historische Fakten

Eine gewisse Vorreiterrolle nahm Preußen unter Friedrich II., genannt „der Große“, ein. Der philosophisch interessierte Preußenkönig schaffte die Folter nur wenige Tage nach seiner Thronbesteigung als erster deutscher Landesfürst im Jahr 1740 weitgehend ab.³⁸³ Er war allerdings nicht der erste Europäer, der ein Folterverbot erließ. Bereits zuvor wurde im schottischen Glasgow im Jahre 1708 und in Genf im Jahre 1738 die Folter untersagt, wovon Friedrich II. allerdings keine Kenntnis hatte, so dass diese Städte für ihn nicht der Anstoß zu eigenem Handeln gewesen sein konnten.³⁸⁴

Nach Friedrich II. folgten eine ganze Reihe von Folterabschaffungen in Europa. Im 18. Jahrhundert sind hier hervorzuheben: *Russland* mit Anfängen unter Katharina II. und endgültiger Abschaffung im Jahre 1801 durch Zar Alexander I., Braunschweig, Kursachsen und Dänemark im Jahre 1770, Schweden im Jahre 1772, Österreich im Jahre 1776³⁸⁵ sowie

³⁸² *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 592.

³⁸³ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 166. Teils wird behauptet, dass Friedrich II. die Folter 1754 gänzlich abschaffte, jedoch wird dem in neuerer Forschung widersprochen, siehe *Baldauf*, Die Folter, S. 180.

³⁸⁴ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 59.

³⁸⁵ In Österreich ist dies maßgeblich auf den Einfluss *Josephs von Sonnenfels* zurückzuführen, der in dieser Frage wiederum ein Vorbild in Friedrich II. sah.

auch Polen im Jahre 1776.³⁸⁶ Die französische Revolution von 1789 unterstützte diese positive Entwicklung noch zusätzlich.³⁸⁷ Im 19. Jahrhundert folgten weitere Staaten wie unter anderem Bayern im Jahre 1806, Spanien im Jahre 1808, Norwegen im Jahre 1814 und Griechenland im Jahre 1827.³⁸⁸ In Baden wurde die Folter offiziell erst 1831 völlig abgeschafft. Es wäre aber nicht ganz fair, Baden als Schlusslicht hinzustellen, da hier die Folter schon 1767 maßgeblich eingeschränkt wurde³⁸⁹ und bereits vor ihrer endgültigen Abschaffung nicht mehr gebräuchlich war.³⁹⁰

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es in Europa regelrecht eine Welle der Folterabschaffung gab. Die Folter, die eine so lange Tradition hatte, wurde mithin in einer relativ kurzen Zeitspanne in Europa gesetzlich verbannt.³⁹¹ Den Beginn markierten protestantische Länder, was vermutlich durch verwandtschaftliche Bindungen zu Friedrich II. bzw. kulturelle Gemeinsamkeiten bedingt war.³⁹² Die rechtliche Eliminierung ist jedoch zu unterscheiden von der Folterpraxis. Trotz der Abschaffung der Folter als Mittel des Strafprozesses ist es immer wieder zu Folterhandlungen gekommen.³⁹³

2. Gründe für die Abschaffung der Folter

Es ist in der Geschichtsforschung äußerst umstritten, welche Gründe letztlich die Abschaffung der Folter bewirkt haben. Weit verbreitet war lange Zeit die Ansicht, dass die Abschaffung der Folter vor allem auf (rechts)philosophische Erkenntnisse zurückzuführen sei.³⁹⁴ Dagegen setzte *John Langbein* seine viel beachtete These, nach der die Abschaffung in erster Linie Änderungen im Beweisrecht zu verdanken sei, aufgrund derer die Folter entbehrlich geworden sei. Indes erscheint es am

³⁸⁶ Siehe *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 66 ff. *Schmoeckel* listet auch noch weitere Orte und Daten der Folterabschaffung auf.

³⁸⁷ *Schmoeckel*, ebd., S. 72.

³⁸⁸ *Schmoeckel*, ebd., S. 73 f.

³⁸⁹ *Schmoeckel*, ebd., S. 65 f.

³⁹⁰ *Schmoeckel*, ebd., S. 74.

³⁹¹ *Schmoeckel*, ebd., S. 74.

³⁹² *Schmoeckel*, ebd., S. 72.

³⁹³ *Schmoeckel*, ebd., S. 80.

³⁹⁴ *Schmoeckel*, ebd., S. 84.

wahrscheinlichsten, dass erst ein Zusammenspiel verschiedener Faktoren zur Abschaffung der Folter führte.³⁹⁵ Da die verschiedenen Ereignisse miteinander verwoben sind, ist es schwierig, die gegenseitige Beeinflussung nachzuvollziehen bzw. Ursache und Wirkung zu bestimmen. Die Philosophie war im Mittelalter und der frühen Neuzeit bekanntlich in besonderem Maße von religiösen Ansichten geprägt, so dass die Ereignisse der Reformation einen wichtigen Einfluss auf die geistesgeschichtliche Entwicklung hatten. Auch der in diese Zeit fallende Rückgang der Ketzerprozesse mag einen Faktor für den Rücklauf der Folter darstellen. Im Folgenden werden die rechtsphilosophischen Argumente gegen die Folter näher dargestellt sowie die Hintergründe für die Änderungen im Beweisrecht beleuchtet.

a) These 1: Folterabschaffung aufgrund philosophischen Gedankenguts

Die Abschaffung der Folter in Europa wurde lange Zeit auf den Einfluss von Philosophen zurückgeführt, die mit der Verbreitung ihrer Ideen die Machthaber beeinflusst hätten.³⁹⁶ Dies ist auch bis zu einem gewissen Grad zutreffend. Insbesondere die Schrift „*Dei delitti e delle pene*“ (Von Verbrechen und Strafen), die *Cesare Beccaria* im Jahre 1764 verfasste, hat viel Aufmerksamkeit bei seinen Zeitgenossen und darüber hinaus gefunden. So hat *Katharina II.* in ihrer Strafrechtsreform im Jahre 1767 hierauf zurückgegriffen und *Voltaire* würdigte das Werk mit einem dazu verfassten Kommentar.³⁹⁷ Gerade im 18. Jahrhundert wurde die Kritik an der Folter immer deutlicher. Besonders Friedrich II. wird als Beispiel dafür herangezogen, dass die kritischen Gedanken der Philosophen tatsächlich den Sprung in die politische Umsetzung schaff-

³⁹⁵ Auch *Langbein*, *Torture and the Law of Proof*, S. 69, negiert nicht, dass auch außerrechtliche Einflüsse eine Rolle bei der Abschaffung der Folter gespielt haben: „We do not doubt that the writers played some role in bringing about the abolition of judicial torture in the eighteenth century. Historians have rightly given weight to the publicists' campaign and to other factors outside the legal systems, for abolition was an event linked to many of the deepest themes of eighteenth-century political, administrative, and intellectual history.“

³⁹⁶ *Conrad*, *Juristen Jahrbuch* 8 (1967/68), S. 1 (4 ff.); *Creifelds Rechtswörterbuch*, hrsg. von Klaus Weber, Stichwort „Folter“; *Lieberwirth*, in: *Erler/Kaufmann* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. I, Stichwort „Folter“.

³⁹⁷ *Conrad*, *Juristen Jahrbuch* 8 (1967/68), S. 1 (4 f.).

ten.³⁹⁸ Friedrich II. war bei genauerer Betrachtung seiner Zeit fast schon ein wenig voraus.³⁹⁹ An ihm wird deutlich, dass die Bedeutung der Frühaufklärer nicht unterschätzt werden darf⁴⁰⁰ und dass die Argumente gegen die Folter schon bis dahin überzeugend im Raum standen, auch wenn sie erst später verstärkt wahr- und ernst genommen wurden. Das auch in der Aufklärung besonders betonte Argument der fehlenden Eignung der Folter zur Wahrheitsermittlung existierte ohnehin bereits seit der Antike. Schon seit jeher war also den Menschen bewusst, dass die Folter ein fragwürdiges Mittel zur Erforschung der Wahrheit ist. Die Tatsache, dass die Kritik an der Folter im 18. Jahrhundert solchen Aufwind erfuhr und zu politischen Konsequenzen führte, kann also nicht allein auf einen etwaigen Erkenntnisgewinn zurückzuführen sein. Es erscheint lohnenswert, im Folgenden einen Blick auf die einzelnen von den Philosophen vorgetragenen Argumente gegen die Folter zu werfen.

aa) Folter ungeeignet bzw. ineffizient im Hinblick auf die Wahrheitsfindung

Das wohl älteste und auch besonders gewichtige Argument ist ein methodisch-formales. Es besagt, dass die Folter kein geeignetes Mittel ist, um einen Sachverhalt aufzuklären und die Wahrheit zu ergründen. Bereits *Cicero* (106 – 43 v. Chr.) erkannte dies.⁴⁰¹ *Quintilian* mahnte, dass es von der Beschaffenheit der gefolterten Person abhinge, ob sie etwas gesteht.⁴⁰² *Ulpian* (gestorben 223 n. Chr.) gab zu bedenken, dass die Anwendung der Folter „die Wahrheit öfter täuscht“. ⁴⁰³ Später liest man im *Brünner Schöffebuch* aus der Mitte des 14. Jahrhunderts folgende bemerkenswerte Worte:

³⁹⁸ Vgl. *Conrad*, ebd., S. 1 (5); *Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 238, S. 247 f.

³⁹⁹ Vgl. *Schmidt*, ebd., § 238, S. 248.

⁴⁰⁰ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 84.

⁴⁰¹ *Cicero*, Pro P. Sulla Oratio, 28, 78, Z. 13-16; *ders.*, Pro A. Cluentio Habito Oratio, n. 177; *ders.*, Philippica XIII, 9, 21, S. 293 (zit. nach *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 95).

⁴⁰² *Quintilianus*, Institutionis Oratoriae, V, 4, 1 (abgedruckt bei und zit. nach *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 95).

⁴⁰³ Siehe oben Fn. 229.

„Man muß auch wissen, daß durch die Folterungen nicht immer und auch nicht irgendeinmal Gewißheit [sc. sicherer Beweis] erbracht werden kann: denn der Beweis durch Folter ist eine gebrechliche und gefährliche, über die Wahrheit täuschende Sache. Vielen nämlich macht die Folter wegen [ihrer] Abhärtung und Gefühllosigkeit gegenüber Folterungen nichts aus, so daß auf keine Weise von ihnen die Wahrheit herausgepreßt werden kann. Andere aber werden durch ein so starkes Unvermögen [Schmerzen] zu ertragen, zum Nachgeben bewegt, daß sie lieber jedwede Tat vorgeben als Folterungen erdulden wollen; und auf diese Weise geschieht es, daß sie auch auf unterschiedliche Weise gestehen, so daß sie nicht nur sich, sondern auch andere verdächtigen.“⁴⁰⁴

Es folgen weitere Ausführungen über den Beweiswert des unter Folter Gesagten und die richtige, insbesondere maßvolle Anwendung der Folter. Das hier Geschriebene ist aber nicht neu; es beruht vielmehr auf den Digesten.⁴⁰⁵ Es ist erstaunlich, dass die Anwendung der Folter trotz dieser frühen Erkenntnisse eine solche Verbreitung im Spätmittelalter erlangen konnte. Aus der *Blume des Sachsenspiegels* (Ende des 14. Jahrhunderts) geht hervor, dass man zu dieser Zeit durchaus das Argument der mangelnden Glaubwürdigkeit eines unter Folter abgelegten Geständnisses ernst nahm. Es wird dort ein Fall geschildert, in dem der Beklagte vor dem Gericht einwendet, er habe sein Geständnis nur gemacht, weil er die Schmerzen nicht mehr habe ertragen können. Das Gericht hat damals tatsächlich dieses Argument gelten lassen.⁴⁰⁶ Auch wenn zu vermuten ist, dass es sich hierbei um einen von wenigen Ausnahmefällen handelte,⁴⁰⁷ zeigt sich doch, dass auch den Menschen im Mittelalter bewusst war, dass die Folter unwahre Aussagen bewirken kann.

Auch *Hugo Grotius* (1583 – 1645), der das Naturrecht besonders prägte,⁴⁰⁸ verurteilte die Folter vor allem wegen ihrer Unfähigkeit, glaub-

⁴⁰⁴ Rössler, Die Stadtrechte von Brünn. Dt. Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, Bd. II (1852 Ndr. Aalen 1963) 1 – 339, zit. nach Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch, Quelle 73 f., § 717, S. 185.

⁴⁰⁵ Trusen, Strafprozeß und Rezeption, S. 62.

⁴⁰⁶ Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, § 77, S. 97.

⁴⁰⁷ Vgl. Schmidt, ebd.

⁴⁰⁸ Vgl. Gmür/Roth, Grundriß der deutschen Rechtsgeschichte, Rn. 307.

würdige Aussagen hervorzubringen.⁴⁰⁹ Ebenso wollte *Thomas Hobbes* die Folter nicht verbieten, sondern begnügte sich mit der Warnung, dass ein erfolgtes Geständnis unglaubwürdig sei.⁴¹⁰

Carpzov war gleichermaßen überzeugt, dass die Folter immer die Gefahr berge, falsche Geständnisse hervorzubringen. Er verurteilte die Praxis, die oft mit der Folter allzu leichtfertig umginge.⁴¹¹ Da er jedoch die Folter für unverzichtbar hielt, um die Wahrheit ans Licht zu bringen, setzte er sich, trotz seiner großen Bedenken gegen sie, nicht für ihre Abschaffung ein.⁴¹² Vielmehr versuchte er durch strikte Vorgaben einem Missbrauch der Folter vorzubeugen und den Beweiswert zu erhöhen.⁴¹³ Gerade an *Carpzov* zeigt sich, dass das Wissen um den zweifelhaften prozessualen Nutzen der Folter nicht als durchschlagendes Argument gegen ihre Anwendung überhaupt angesehen wurde. Zu groß war die Befürchtung, durch die Eliminierung der Folter Einbußen in der Strafverfolgung zu erleiden.

Durch die in seinem Werk „*Universalis Theologia scholastica, speculativa, practica*“ (1626/27) gemachte Feststellung des Jesuiten *Adam Tanner*, dass die Lüge im Angesicht der Folter keine Sünde sei, erreichte schließlich die Einschränkung der Glaubwürdigkeit der erfolgten Aussage eine neue Dimension.⁴¹⁴ Erwähnung verdient an dieser Stelle auch die Schrift „*Cautio Criminalis*“, die der Jesuit *Friedrich von Spee* (1591 – 1635) verfasste und in der er eindrücklich schilderte, dass eine als Hexe angeklagte Person keine Chance hatte, freigesprochen zu werden, auch wenn sie sich nichts hatte zuschulden kommen lassen.⁴¹⁵ *Spee* wandte sich zwar in dieser Schrift nur gegen die Folter in den Hexenprozessen, jedoch formulierte er in ganz allgemeinen Worten, dass „ ...

⁴⁰⁹ *Grotius*, Brief an Georgius Slupecki de Conari, Capitaneo Pilsnensi, Epistola n. 693 p. 286, Auszug abgedruckt bei *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 137 (Fn. 276); siehe auch *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 262.

⁴¹⁰ *Hobbes*, *Leviathan*, hrsg. von Iring Fetscher, S. 107 f.; siehe auch *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 152 f.

⁴¹¹ *Falk*, Zur Folter im deutschen Strafprozeß, Rn. 29 ff.

⁴¹² *Falk*, ebd., Rn. 33.

⁴¹³ *Falk*, ebd., Rn. 33 ff.

⁴¹⁴ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 119 f.

⁴¹⁵ *Spee*, *Cautio Criminalis*, S. 283 ff.; *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 120. *Spee* rügte vor allem das Verfahren gegen die der Hexerei angeklagten Personen, nicht so sehr das Bestehen des Tatbestandes der Hexerei (siehe hierzu *Sellert*, NJW 1986, S. 1222 (1225)).

die Tortur völlig abzuschaffen und nicht mehr anzuwenden ist“.⁴¹⁶ *Spee* stieß in seiner Zeit mit der rigorosen Ablehnung der Hexenprozesse auf Unverständnis, jedoch wurde seine Schrift in der späteren Aufklärung sehr geschätzt.⁴¹⁷

Besondere Bekanntheit erlangte eine Dissertation von *Martin Bernhardi*, die dieser unter *Christian Thomasius* (1655 – 1728) als Doktorvater anfertigte.⁴¹⁸ Auch hier wird wiederholt, dass Manche eine nicht begangene Tat nur gestanden haben, um die Folter zu beenden, Andere trotz begangener Delikte dagegen kein Geständnis ablegten.⁴¹⁹ Weiter wird die Folter charakterisiert als „trügerische, gefährliche und irrtümliche Sache“, die für die Entscheidungsfindung des Richters keinen Mehrwert brächte.⁴²⁰ Dass dieser Arbeit von *Bernhardi* so viel Aufmerksamkeit geschenkt wurde, obwohl dieses Argument schon seit alters her bekannt war,⁴²¹ mag daran liegen, dass in ihr die Gründe, aus denen heraus gefoltert wurde, systematisch entkräftet wurden. Auch *Beccaria* argumentierte in seiner Abhandlung „Über Verbrechen und Strafe“ mit der Nutzlosigkeit der Folter zur Ermittlung der Wahrheit.⁴²² Er resümierte: „Es ist dies das sichere Mittel, kräftige Verbrecher freizusprechen und

⁴¹⁶ *Spee*, ebd., S. 134.

⁴¹⁷ *Sellert*, NJW 1986, S. 1222. Dass die Antriebsfeder für *Spee* die christliche Nächstenliebe war, zeigt sich in tragischer Weise auch an seinem frühen Tod, den er 44-jährig infolge der Pflege Pestkranker erlitt. (*Sellert*, ebd., S. 1222 (1224); *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 121).

⁴¹⁸ Vgl. *Conrad*, Juristen Jahrbuch 8 (1967/68), S. 1 (3); *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 147 f. Diese Arbeit wurde lange Zeit *Thomasius* selbst zugeschrieben, weil es zu dieser Zeit üblich war, dass die Doktorväter die Dissertation selbst schrieben und ihre Schüler die Arbeit nur verteidigten. Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 143; *Jerouschek*, ZStW 110 (1998), S. 658 (662) und zuletzt *ders.*, JuS 2005, S. 296 (298).

⁴¹⁹ *Bernhardi*, in: *Thomasius*, Über die Folter, Teil II § 2 (S. 158 ff.), § 3 (S. 160 ff.).

⁴²⁰ *Bernhardi*, ebd., § 9 (S. 181).

⁴²¹ Vgl. auch *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 148.

⁴²² *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, S. 85: „Unter den Qualen und Peinen der Folter ist man so wenig frei, die Wahrheit zu sagen, wie man ehemals, ohne Täuschungen zu Hilfe zu nehmen, der Wirkung von Feuer und kochendem Wasser zu entgehen vermochte.“; S. 86: „Jede gewalttätige Handlung verwischt die geringfügigen Unterschiede, mittels deren bisweilen das Wahre und das Falsche erkennbar sind, und lässt sie am Ende ganz verschwinden.“

schwache Unschuldige zu verurteilen.“⁴²³ *Joseph von Sonnenfels* (1733 – 1817) ging sogar so weit zu sagen, die Folter könne nicht einmal die Wahrscheinlichkeit vergrößern, dass der Geständige auch der Täter sei.⁴²⁴ Damit wurde der Folter auch die letzte Existenzberechtigung entzogen. Denn wenn ein Beweismittel nicht einmal mehr die Wahrscheinlichkeit zu steigern vermag, kann seine Abschaffung keine Lücke mehr in die Strafverfolgung reißen.

bb) Recht zur Selbstverteidigung/Schweigerecht

Neben dem Argument der fehlenden Eignung der Folter im Hinblick auf die Wahrheitsermittlung erkannte man spätestens im 17. Jahrhundert auch, dass Folter in Konflikt zum Recht auf Selbstverteidigung tritt. Bereits *Johannes Grevius* (ca. 1580 – 1630) lehnte die Folter ab, weil diese gegen das naturgegebene Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, verstößt.⁴²⁵ Für den englischen Philosophen *Thomas Hobbes* (1588 – 1679) war das Selbstverteidigungsrecht ein unverzichtbares Recht. „Ein Vertrag, sich nicht mit Gewalt gegen Gewalt zu verteidigen, ist immer nichtig. Denn wie ich oben schon gezeigt habe, kann niemand sein Recht, sich vor Tod, Verletzung und Gefangenschaft zu bewahren, übertragen oder darauf verzichten. Das Vermeiden dieser Gefahren ist nämlich der einzige Zweck jeden Rechtsverzichts ...“.⁴²⁶ Gleichermäßen dürfe niemand dazu verpflichtet werden, sich selbst anzuklagen: „Ein Vertrag, sich selbst anzuklagen, ohne der Vergebung sicher zu sein, ist gleichfalls ungültig. ... Da sie [die Strafe – *die Verf.*] Gewalt darstellt, ist niemand verpflichtet, auf Widerstand zu verzichten.“⁴²⁷ *Beccaria* argumentiert, dass es dem Menschen eigen sei, sich nicht selbst zu verleumden. Es sei ein „natürliches Gefühl“, nicht die Wahrheit sagen zu wollen, wenn man sich damit selbst belastet. Dies beschreibt er nicht als eine schlechte Eigenschaft, sondern mehr als eine allzu menschliche Tatsache. Es könne dem Menschen nicht abverlangt werden, an seiner eigenen Verurteilung mitzuwirken. Er hält es nicht

⁴²³ *Beccaria*, ebd., S. 82.

⁴²⁴ *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Quelle 109, S. 456.

⁴²⁵ *Grevius*, *Tribunal Reformatorem*, II, 6, 4, S. 301 ff., zit. nach *Schmoeckel*, *Humanität und Staatsraison*, S. 139.

⁴²⁶ *Hobbes*, *Leviathan*, hrsg. von Iring Fetscher, S. 107.

⁴²⁷ *Hobbes*, ebd., S. 107. Siehe hierzu auch *Schmoeckel*, *Humanität und Staatsraison*, S. 421.

für richtig, den Menschen in eine Situation zu bringen, wo er nur entweder lügen und sich damit gegen Gott versündigen kann, oder sich selbst zum Märtyrer macht, indem er seine Schuld einräumt.⁴²⁸ Auch *Baruch de Spinoza* (1632 – 1677) und *Samuel Pufendorf* (1632 – 1694) setzten sich für das Recht auf Selbstverteidigung ein.⁴²⁹

cc) Unschuldsvermutung

Ein weiteres Argument gegen die Folter sah man in ihrem Verstoß gegen die Unschuldsvermutung. Die Unschuldsvermutung in ihrer heutigen Bedeutung, wonach der Verdächtige bis zu seiner Verurteilung als unschuldig zu betrachten ist, geht auf die naturrechtliche Schule zurück.⁴³⁰ Nach den naturrechtlichen Vertragstheorien schlossen die Individuen gerade deswegen einen Vertrag, um die eigene Unverletztheit zu bewahren. Ein Eingriff in diese Unverletztheit, d. h. eine Bestrafung, sollte nur aufgrund eines Schuldnachweises erfolgen können. Hatte sich der Mensch nämlich schuldig gemacht, so hatte er seine Rechte verwirkt bzw. dem Eingriff, der in seiner Bestrafung lag, zugestimmt.⁴³¹ Diesen von *Locke*, *Hobbes* und *Pufendorf* begründeten Gedanken griff *Beccaria* in seiner Abhandlung über Verbrechen und Strafen im Rahmen seiner Kritik an der Folter auf und formulierte: „Ein Mensch kann vor dem Urteilsspruch eines Richters nicht *schuldig* heißen noch vermag die Gesellschaft ihm den öffentlichen Schutz zu entziehen, ehe entschieden ist, daß er die Verträge verletzt hat, kraft derer dieser Schutz ihm zugesagt wurde. ... Wenn es aber nicht erwiesen ist, dann darf nicht ein Unschuldiger gequält werden; unschuldig nämlich ist nach den Gesetzen ein Mensch, dessen Verbrechen nicht bewiesen ist.“⁴³²

dd) Menschenrechtliche Erwägungen

Die Ablehnung der Folter aus menschenrechtlichen Gesichtspunkten hat sich erst in der Neuzeit herausgebildet. Im Mittelalter hatte der Mensch eine härtere Einstellung zu seinem Körper sowie zu Leid und

⁴²⁸ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, S. 91 ff.

⁴²⁹ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 422 f. m. w. N.

⁴³⁰ *Schmoeckel*, ebd., 428 ff.

⁴³¹ Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 428.

⁴³² *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, S. 82.

Qualen. Schon medizinische Behandlungen waren, sofern überhaupt möglich, häufig mit ungeheuren Schmerzen verbunden. Unbehandelbare Krankheiten und Seuchen ließen den Tod zu einem alltäglichen Erleben werden. Das Empfinden gegenüber Grausamkeiten und Schmerz war regelrecht abgehärtet.⁴³³

Die fehlende Sensibilität für elementare Menschenrechte wird auch sichtbar, wenn man sich die Arenaspiele im Römischen Reich vor Augen führt, bei denen sich das Volk am Todeskampf einzelner Menschen berauschte und der Kaiser seine Macht über Leben und Tod auskostete. Es sollte noch bis zum 18. Jahrhundert dauern, bis das Recht auf körperliche Unversehrtheit als Grundrecht verfassungsrechtlich anerkannt wurde.⁴³⁴

Es gab aber dennoch schon einige frühe Stimmen, die die Grausamkeit der Folter rügten.⁴³⁵ An dieser Stelle muss besonders *Montaigne* (1533 – 1592) genannt werden, der durch seine Schilderungen die Grausamkeit der Folter für den Leser besonders plastisch werden ließ.⁴³⁶ In Frankreich sensibilisierte er die Menschen dahingehend, dass Grausamkeiten als rückständig empfunden wurden.⁴³⁷ Trotz der besonders in der Aufklärung einsetzenden Besinnung auf die Humanität ist der Einfluss des menschenrechtlichen Aspektes bei der Abschaffung der Folter schwer zu bestimmen.⁴³⁸

⁴³³ Vgl. hier auch *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, S. 93.

⁴³⁴ Vertiefend: *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 529, Fn. 153.

⁴³⁵ *Agrippa von Nettesheim* (1486 – 1535) hielt die Folter in seiner Schrift „De incertitudine et vanitate scientiarum“ für grausam, vgl. *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 108. Auch Friedrich II. lehnte die Folter als der „humanité“ zuwiderlaufend ab, vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 430. Ebenso hob Grevius (ca. 1580 – 1630) die Grausamkeit der Folter hervor, vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 139.

⁴³⁶ *Schmoeckel*, ebd., S. 126, 128.

⁴³⁷ *Schmoeckel*, ebd., S. 498.

⁴³⁸ Vgl. *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 163 ff., der davon ausgeht, dass die Folter aus vornehmlich pragmatischen Gründen abgeschafft wurde, weil sie nicht geeignet war, effektiv zur Klärung des Schuldvorwurfes beizutragen.

ee) Strafzweck

Im 17. Jahrhundert begann man, den Zweck der strafrechtlichen Verurteilung zunehmend weniger in der Wiederherstellung der Gerechtigkeit, Sühne und Vergeltung zu sehen, als vielmehr in der Abschreckung anderer potentieller Straftäter.⁴³⁹ In Bezug auf die Folter warf dies die Frage auf, um welchen Preis Generalprävention durchgesetzt werden solle. *Beccaria* lehnte den schonungslosen Einsatz der Folter für generalpräventive Zwecke ab. Man müsse vielmehr prüfen, ob durch die fehlende Strafverfolgung Menschen dazu verleitet würden, Straftaten zu begehen. Wenn davon auszugehen sei, dass die überwiegende Anzahl der Leute gesetzestreu bleibe, so falle die Gefahr, mit der Folter einen Unschuldigen zu quälen, besonders ins Gewicht.⁴⁴⁰

ff) Veränderter Wahrheitsbegriff

Zweck des mittelalterlichen Strafverfahrens war es, die *Wahrheit* ans Licht zu bringen. Um diese absolute Wahrheit zu ermitteln, hatte man feste Beweisregeln aufgestellt, nach denen nur ein Geständnis oder die übereinstimmende Aussage zweier Tatzeugen, nicht aber bloße (wenn auch überzeugende und eindeutige) Indizien ausreichten. Solange man daran festhielt, dass der tatsächliche Tathergang durch Zeugenaussagen und Geständnis ermittelt werden könne, blieb kein Raum für einen Indizienprozess. Man fürchtete, dass die Verurteilung aufgrund bloßer Indizien zu Fehlurteilen führen könne. Indizien erforderten schließlich immer eine wertende Beurteilung durch den Richter. Ein aufgrund von Indizien gefällttes Urteil garantierte somit nur die subjektiv persönliche Gewissheit des Richters, dass der Verurteilte die ihm vorgeworfene Tat begangen hat, bedeutete aber keine „objektive“ Wahrheit.

Vor diesem Hintergrund eröffnete die Erkenntnis *Böhmers*, dass „juristische Wahrheit“ nur eine „Wahrscheinlichkeit“ sei, eine neue Bewertung des Strafprozesses.⁴⁴¹ *Böhmer* unterschied in seiner Schrift „*Observationes selectae ad Benedicti Carpzovii Practicam Novam Rerum Criminalium*“ (1759) zwischen philosophischer und juristischer

⁴³⁹ Vgl. für die Entwicklung des generalpräventiven Strafzwecks: *Neuß*, Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen, S. 8 ff.

⁴⁴⁰ *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, S. 82 f.

⁴⁴¹ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 168; *Boldt*, Johann Samuel Friedrich von Böhmer, S. 117 f. m. w. N.

Wahrheit. In einem Strafprozess komme es nicht auf eine mathematische Gewissheit, sondern nur auf eine höchste Wahrscheinlichkeit („summa verisimilitudo“) an. In ähnlicher Weise äußerten sich auch andere Schriftsteller der Aufklärung. Zu nennen sind hier *Gaetano Filangieri* (1752 – 1788), der die „moralische Gewißheit“ des Richters für eine Verurteilung ausreichen ließ⁴⁴² sowie *Huster*, der ebenso die Auffassung teilte, dass eine Verurteilung auch auf eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit („Gewissheit“) gestützt werden könne.⁴⁴³

gg) Gewandelte theologische Auffassung

Im Mittelalter wurde die Folter im Rahmen der Ketzer- und Hexenprozesse auch von der Kirche angewandt. Im Zuge der Reformation etablierten sich von der Kirche abweichende Lehrmeinungen. Die Macht der – dann katholischen – Kirche wurde geschmälert und es gründeten sich protestantische Gruppen, die mit Teilen der kirchlichen Traditionen brachen und demgegenüber die biblischen Schriften ins Zentrum der Betrachtung rückten.⁴⁴⁴ Überdies legten die Reformatoren die Texte der Bibel neu aus. Die Reformation hat somit in zweifacher Hinsicht zur Abschaffung der Folter beigetragen: Zum einen endeten die Ketzerprozesse, in denen die Folter zur Gewohnheit geworden war. Zum anderen ebnete sie den Weg zu einer Neuinterpretation biblischer Schriften und damit zu einer Hinterfragung der Zulässigkeit der Folter.

⁴⁴² Filangieri, *La Scienza* (1784), Libro III, Capo XIV (S. 459): „Se per condonnare un uomo ad una pena vi è bisogno di una certezza morale ch'egli abbia violata la legge [...] Ma questa morale certezza del giudice deve essa bastare? Se questa, come si è dimostrato, non è nella proposizione, ma nell'animo di colui ch'è certo [...]“, zit. nach *Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses*, S. 185, Fn. 40.

⁴⁴³ *Schmidt*, *Die Abhandlung von der Criminalgesetzgebung* von Hanns Ernst von Globig und Johann Georg Huster, S. 145 ff. *Schmidt* weist darauf hin, dass die Gewissheit als „der höchste Grad der Wahrscheinlichkeit“ nicht als Überzeugung des Richters, sondern im Sinne der „Aussagekraft und Stimmigkeit der einzelnen Beweise zueinander“ zu verstehen ist (S. 146).

⁴⁴⁴ Vgl. die „sola scriptura“-Lehre von *Martin Luther* (siehe hierzu: *Betz/Browning/Janowski/Jüngel*, *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. 5, Stichwort „Luther“, S. 558 (573); siehe auch *Hendrix*, in: *Fahlbusch u.a.* (Hrsg.), *Evangelisches Kirchenlexikon*, Bd. 3 (L-R), Stichwort: „Luthers Theologie“, Rn. 2.3.2, S. 214).

Schon im Jahre 1522 argumentierte *Juan Luis Vives* (1492 – 1540), dass die Folter sich nicht mit einem christlichen Staat vereinbaren lasse.⁴⁴⁵ *Vives* war zwar kein Geistlicher, sondern vielmehr Humanist, doch war für ihn Jesus Christus dennoch *das* Vorbild für sittliches Handeln. In diesem Sinne erachtete er Liebe, Milde und Barmherzigkeit als zentral.⁴⁴⁶ Insbesondere setzten sich dann die *Calvinisten* mit der Folter kritisch auseinander. *Calvin* (1509 – 1564) selbst hat sich zwar nicht für die Abschaffung der Folter eingesetzt,⁴⁴⁷ jedoch übten viele berühmte Denker wie *Grevius*, *Grotius*, *Hobbes* und *Locke*, allesamt Calvinisten,⁴⁴⁸ Kritik an der Folterpraxis. Der Theologe *Grevius* gehörte innerhalb der Calvinisten zu der Fraktion der Arminianer und wurde, weil er sich der Synode zu Dordrecht (1618), bei der die Arminianer sich mit ihren Glaubensansichten nicht durchsetzen konnten, nicht beugte, gefangen genommen und gefoltert. Im Gefängnis verfasste er sein Werk „*Tribunal reformatum*“, eine Monographie zur Notwendigkeit der Abschaffung der Folter. *Grevius* argumentierte teils ähnlich wie *Vives*, indem er ausführte, dass sich die Folter seiner Meinung nach nicht mit den christlichen Wertvorstellungen vertrage.⁴⁴⁹ Infolge der Synode zu Dordrecht wurde auch *Grotius* als Mitglied der Regierung *Oldenbarnevelts* (Sympathisant der Arminianer) angeklagt und mit Folteranwendung bedroht.⁴⁵⁰ *Grotius'* spätere Äußerung gegen die Folter ist vor diesem Hintergrund zu sehen.⁴⁵¹ *Locke* wurde nicht wegen seiner Überzeugungen mit Folter bedroht, verurteilte aber dennoch das Übergreifen des Staates durch Folter in die persönliche Glaubens- und Gewissensfreiheit, jedenfalls solange die Bürger durch Ausübung ihrer persönlichen Überzeugungen nicht den öffentlichen Frieden störten. Nach *Locke* durfte nämlich der Staat nur in die Handlungsfreiheit des Einzelnen eingreifen, wenn dieser den öffentlichen Frieden gefährdete. Dem Staat stand mithin nicht die Kompetenz zu, durch Anwendung

⁴⁴⁵ Vgl. *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 591.

⁴⁴⁶ *Schmoeckel*, ebd., S. 550.

⁴⁴⁷ Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 555.

⁴⁴⁸ Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 550.

⁴⁴⁹ Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 137 ff.

⁴⁵⁰ *Schmoeckel*, ebd., S. 137.

⁴⁵¹ Siehe oben 2. Teil A II 2 a) aa).

von Folter die Menschen zu einem bestimmten Glauben zu zwingen.⁴⁵² Der (wohl lutherische⁴⁵³) *Bernhardi* schrieb in der bereits erwähnten und unter dem Namen seines Doktorvaters *Thomasius* bekannt gewordenen Dissertation, dass die Folter ihrem Ursprung nach heidnisch und überdies unchristlich sei.⁴⁵⁴ Am Ende seiner Abhandlung hält er zusammenfassend fest, „daß die Folter, welche eine irreligiöse, ungerechte Sache ist und zum göttlichen wie zum Naturrecht im Gegensatz steht, längst hätte aus den Gerichten der Christen verbannt werden müssen“. ⁴⁵⁵ *Thomasius* selbst war übrigens auch der Ansicht, dass die Folter unchristlich sei, jedoch konnte er sich nicht zu einer Forderung nach ihrer völligen Abschaffung durchringen.⁴⁵⁶ Auch der *Pietismus* wirkte zumindest unterstützend bei der Entwicklung der Folterabschaffung. Zum einen wurde dem Körper und damit auch der Körperpflege ein höherer Stellenwert beigemessen, so dass die Folter als Verstümmelung des Körpers automatisch in einem größeren Rechtfertigungszwang stand. Zum anderen wurde die Pflicht zur christlichen Nächstenliebe mehr als zuvor betont.⁴⁵⁷ Zu erwähnen ist auch *Augustin Nicolas* (1622 – 1695), der in seiner Schrift „Si la Torture est un moyen sur pour vérifier les crimes secrets“ (1681) darlegte, warum die Folter sich seiner Meinung nach nicht mit den Schriften der Bibel vereinbaren lasse.⁴⁵⁸

Durch die Argumentation, dass sich die Folter nicht mit den christlichen Werten vereinbaren lasse, wurde der Folter ein Teil ihrer Legitimität entzogen. Mit der Betonung der christlichen Nächstenliebe als *Kerngebot* des Neuen Testaments legte man das Fundament für mehr

⁴⁵² Vgl. *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 154 f.; *Locke*: „A Letter concerning toleration“, verfasst im Jahre 1685, erster Druck im Jahre 1689; vgl. auch *Zippelius*, Geschichte der Staatsideen, S. 121.

⁴⁵³ Vgl. *Schmoeckel*, ebd., S. 550.

⁴⁵⁴ *Bernhardi*, in: *Thomasius*, Über die Folter, Teil II § 6, S. 170 ff., I § 7, S. 176 f. In § 6 wird ausgeführt, dass die Folter zum einen in der Bibel nicht bekannt ist und dass sie überdies nicht „dem Schatten jener wahren Gerechtigkeit oder natürlichen Billigkeit entspricht, welche man an allen göttlichen Vorschriften beobachten kann“; in § 7 heißt es, dass die Folter einen heidnischen Ursprung hätte.

⁴⁵⁵ *Bernhardi*, ebd., Teil II, § 11 S. 187.

⁴⁵⁶ Vgl. *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch, Quelle 108, S. 456.

⁴⁵⁷ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 559 ff.

⁴⁵⁸ Näher hierzu *Schmoeckel*, ebd., S. 145.

Menschlichkeit.⁴⁵⁹ Der Einfluss theologischer Anschauungen auf die gesamte Entwicklung in dieser Zeit sollte dabei nicht unterschätzt werden: „Gerade der Bereich des Strafrechts fordert eine ethische Orientierung heraus. Muß man nicht allgemein für jeden Wissenschaftler in der Zeit bis zum 19. Jahrhundert damit rechnen, daß die religiöse Konzeption Grundlage seines Denkens bildete? E. Cassirer hat in der Religion ständige und stärkste Antriebe für das Denken der Aufklärung gesehen. ... Die Vorgaben der Theologie werden im Recht teilweise mit einer Verspätung von Jahrhunderten nur nachvollzogen.“⁴⁶⁰

b) These 2: Änderung im Beweisrecht führte zur Abschaffung der Folter

In seiner Abhandlung „Torture and the Law of Proof“ entwickelte *John Langbein* seine These, der zufolge die Abschaffung der Folter nicht politischen oder philosophischen Strömungen zu verdanken, sondern maßgeblich Folge eines veränderten Beweisrechts sei. „The true explanation for the abolition of torture is that by the age of abolition torture was no longer needed.“⁴⁶¹

aa) These von *Langbein*

Eine Schlüsselposition bei der Abschaffung der Folter kommt nach *Langbein* der „*poena extraordinaria*“ zu. Hierbei handelte es sich um eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Strafe. Dies war zum Beispiel möglich, wenn es zwar einen gesetzlichen Straftatbestand gab, jedoch keine bestimmte Rechtsfolge (Strafe) festgelegt war oder wenn alternativ zwei Varianten der Bestrafung zur Auswahl standen.⁴⁶² Diese *poena extraordinaria* wandelte sich bis zum 17. Jahrhundert hin zu einer „Verdachtsstrafe“.⁴⁶³ Die Verdachtsstrafe ermöglichte eine Bestra-

⁴⁵⁹ Vgl. hier auch *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, S. 100: „... ob nicht gerade diese neue Einstellung dem Menschen gegenüber – und auch der Straftäter hat seine Menschlichkeit nicht verloren – die eigentlich christliche ist, nämlich nur zu begründen ist in dem Geist der Liebe, der in Jesus Christus Mensch geworden ist.“

⁴⁶⁰ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 549 f.

⁴⁶¹ *Langbein*, Torture and the Law of Proof, S. 4.

⁴⁶² *Langbein*, ebd., S. 46.

⁴⁶³ *Langbein*, ebd., S. 47.

fung, auch wenn kein voller Beweis im Sinne des römisch-kanonischen Rechts erbracht war. Die Strafe, die bei der *poena extraordinaria* verhängt werden durfte, musste jedoch hinter der Strafe, die bei vollem Beweis hätte ausgesprochen werden dürfen, zurückbleiben. *Langbein* kritisiert die Bezeichnung dieser Figur als „Verdachtsstrafe“, weil sie den eigentlichen Charakter der *poena extraordinaria* verschleiern würde.⁴⁶⁴

Es sei – entgegen des Wortes „Verdacht“ – nicht darum gegangen, jemanden aufgrund eines bloßen Verdachtes einer Strafe zuzuführen. Vielmehr sei die *poena extraordinaria* aus der Not heraus geboren worden, dass es Fälle gab, bei denen eine Verurteilung aufgrund der strikten Beweisregeln nicht möglich war, das Gericht aber trotzdem von der Schuld des Angeklagten überzeugt gewesen sei.⁴⁶⁵

Langbein widmet sich dann der Frage, wie es dazu kommen konnte, dass diese Verdachtsstrafe Einzug in das Strafsystem finden konnte. Er wirft hierzu einen Blick auf die Entwicklungsgeschichte des römisch-kanonischen Beweisrechts.⁴⁶⁶ Es habe damals gegolten, die Gottesurteile durch ein neues Beweisrecht zu ersetzen, das von den Menschen als Autorität anerkannt werden konnte. Hier hätten die festen Beweisregeln des römisch-kanonischen Rechts geholfen, von denen angenommen worden sei, dass sie imstande wären, den wahren Sachverhalt aufzuklären. Im 16./17. Jahrhundert habe sich schließlich das römisch-kanonische Beweisrecht fest etabliert gehabt und die Bedenken, aus denen heraus man früher auf eine Ermessensausübung verzichtet hatte, hätten weit zurückgelegen. Auch habe sich die Sorge vor einem etwaigen Ermessensmissbrauch gemindert, da es im Zeitalter der Nationalstaaten eine Kontrolle der richterlichen Macht gegeben habe. Die Ausübung von Ermessen hätten die Richter im Übrigen bis dahin schon gelernt, und zwar bei der Entscheidung, ob jemand unter Folter verhört werden sollte. Bei der Folter handele es sich zwar nicht um eine Strafe im strafprozessualen Sinn; nichtsdestotrotz werde sie vom Opfer als solche empfunden. Man könne daher sagen, dass die Richter mit ihrer Entscheidung über die Folteranwendung eine Ermessensentscheidung über eine „Bestrafung“ ausgeübt haben.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ *Langbein*, ebd., S. 47.

⁴⁶⁵ *Langbein*, ebd., S. 48.

⁴⁶⁶ *Langbein*, ebd., S. 55 ff.

⁴⁶⁷ *Langbein*, ebd., S. 58: „In this sense, judicial torture had always been a punishment imposed on account of the incriminating circumstantial evidence,

Unter dem Deckmäntelchen der „Verdachtsstrafe“ habe somit ein neues Beweissystem Fuß fassen können. Es hätte zwar das alte objektive Beweissystem noch der Form nach gegeben, aber dieses Beweisrecht sei unterwandert worden von dem neuen subjektiven Beweissystem.⁴⁶⁸ Vor diesem Hintergrund sieht *Langbein* die Folterabschaffung durch Friedrich II. Schon unter dessen Vorgänger Friedrich Wilhelm I. habe auf der Grundlage des Landrechts von 1721 ein ausgedehntes System der *poena extraordinaria* existiert. Zur Zeit des Regierungsantritts Friedrichs II. habe die Folter daher bereits gar keine so zentrale Rolle mehr gespielt.⁴⁶⁹ Ihre Abschaffung habe somit keine Lücke in das Beweisrecht gerissen, weil auf das neue subjektive Beweisrecht zurückgegriffen werden konnte.⁴⁷⁰

Langbein ist sich aber auch bewusst, dass neben dieser rechtlichen Entwicklung auch eine politische notwendig war, um die Folter abzuschaffen. „*The new law of proof made the abolition of torture possible, but it did not compel abolition.*“⁴⁷¹ Allerdings hätten die Rechtsphilosophen keineswegs die damaligen Machthaber darauf aufmerksam gemacht, dass man die Folter aufgrund des neuen Beweisrechts abschaffen könnte, ohne eine ernsthafte Einbuße in der Verbrechensaufklärung befürchten zu müssen.⁴⁷² Vielmehr hätten die Rechtsphilosophen des 18. Jahrhunderts, die gegen die Folter schrieben, nicht viel mehr an Argumenten geboten, als über die Jahrhunderte zuvor schon bekannt gewesen sei.⁴⁷³ Das Fazit *Langbeins* lautet demnach: „We do not doubt that the writers played some role in bringing about the abolition of judicial torture in the eighteenth century. Historians have rightly given weight to the publicists’ campaign and to other factors outside the legal systems, for abolition was an event linked to many of the deepest themes of eighteenth-century political, administrative, and intellectual history. The historians’ mistake, like that of the publicists, has been to

and we recall once again how candidly the juristic literature admits that judicial discretion is unavoidable in the evaluation of such evidence.“

⁴⁶⁸ *Langbein*, ebd., S. 59.

⁴⁶⁹ *Langbein*, ebd., S. 61.

⁴⁷⁰ *Langbein*, ebd., S. 62.

⁴⁷¹ *Langbein*, ebd., S. 64.

⁴⁷² Vgl. *Langbein*, ebd., S. 64 f.

⁴⁷³ *Langbein*, ebd., S. 65.

ignore the enormous significance of developments within the European legal systems. We hope to have shown why the revolution in the law of proof must be the starting point for rewriting the history of the abolition of judicial torture.“⁴⁷⁴

bb) Kritik von *Schmoeckel* an der These von *Langbein*

Mit dieser These *Langbeins* hat sich *Schmoeckel* detailliert auseinander gesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Entwicklung der Verdachtsstrafe keine Auswirkung auf die Abschaffung der Folter gehabt habe.⁴⁷⁵ *Schmoeckel* argumentiert, dass es die Verdachtsstrafe schon viel länger gegeben habe, als von *Langbein* angenommen. Sie sei bereits Anfang des 13. Jahrhunderts aufgekommen, Mitte des 13. Jahrhunderts durch Papst Innozenz IV. aufgegriffen und Ende des 13. Jahrhunderts in Oberitalien angewandt worden.⁴⁷⁶ Es sei wahrscheinlich, dass die Verdachtsstrafe bei Fällen der Ketzerei schon gebräuchlich war, bevor man überhaupt die Folter zur Bekämpfung der Häresie einführte.⁴⁷⁷ Überdies habe man die Folter bei den Häresieprozessen neben der Verdachtsstrafe angewandt. *Schmoeckel* folgert daraus, dass sich die Institute nicht gegenseitig ersetzten, sondern sich vielmehr ergänzten hätten. Man habe damals sowohl die Folter als auch die Verdachtsstrafe für notwendig gehalten, um Verbrechen effektiv zu bekämpfen.⁴⁷⁸

Schmoeckel betont, dass gerade die Juristen in Europa Bedenken gegen die Folterabschaffung geäußert hätten.⁴⁷⁹ Die alte Angst, ohne Folter keine effektive Verbrechensbekämpfung gewährleisten zu können, habe ihre Kritik bestimmt. Um dem entgegenzuwirken, habe man tatsächlich u. a. die Verdachtsstrafe dort angesiedelt, wo vormals die Folter gegolten hatte. „Dies geschah aber eher im Sinne einer Schadensbegrenzung.

⁴⁷⁴ *Langbein*, ebd., S. 69.

⁴⁷⁵ *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 359: „Langbeins These, das Verschwinden der Folter beruhe auf der Ausbildung eines neuen Beweisrechts, bezog sich nicht nur auf die Verdachtsstrafe. In diesem Punkt allerdings trägt seine Behauptung nicht. ... Es kann ausgeschlossen werden, daß die Entwicklung der Verdachtsstrafe die Aufhebung der Folter beeinflußt haben könnte.“

⁴⁷⁶ *Schmoeckel*, ebd., S. 358 f.

⁴⁷⁷ *Schmoeckel*, ebd., S. 322.

⁴⁷⁸ *Schmoeckel*, ebd., S. 322, 359.

⁴⁷⁹ *Schmoeckel*, ebd., S. 568.

Als gleichwertig wurde sie nicht angesehen und stellte somit vor dem Verbot der Folter keine überzeugende Alternative zu ihr dar.⁴⁸⁰

Betrachte man *Frankreich*, so zeige sich, dass die Folter nicht als Reaktion auf Veränderungen im Prozessrecht, die an sich die Folter entbehrlich gemacht hätten, abgeschafft worden sei, sondern erst im Zuge der Vorwehen der Revolution aus vornehmlich politischen Gründen eliminiert worden sei.⁴⁸¹ *Schmoeckel* weist insbesondere auch am Beispiel *Preußens* nach, dass sich die von *Langbein* begründete These nicht unangefochten halten lasse.⁴⁸² Es sei nicht so gewesen, dass Friedrich II. mit der Folterabschaffung sofort ein Konzept zur strafrechtlichen Überführung der vormals durch die Folter überführten Verbrecher an der Hand gehabt hätte. Vielmehr sei bekannt, dass Friedrich II. im Jahre 1752 anwies, dass bei hinreichenden Indizien ein Geständnis fingiert werden solle, damit man die *poena ordinaria* verhängen konnte. *Schmoeckel* weist darauf hin, dass gerade die Fiktion eines Geständnisses zeige, dass man sich noch nicht vom alten Beweisrecht gelöst hatte. Erst 1776 ordnete Friedrich II. an, dass bei fehlendem Geständnis die *poena extraordinaria* angewandt werden solle. „Erst zu diesem Zeitpunkt wurde also jene Lösung gefunden, welche nach *Langbein* die Voraussetzung für die Abschaffung der Folter bildete.“⁴⁸³ Überdies dränge sich im Vergleich Frankreich und Preußen die Frage auf, warum gerade in Preußen die Folter so früh abgeschafft wurde, wo doch Frankreich ein viel ausdifferenzierteres Beweissystem entwickelt hatte.⁴⁸⁴

cc) Stellungnahme

Vor dem Hintergrund der kritischen Stimmen, die es über die Jahrhunderte hinweg gegen die Folter gab und der Tatsache, dass sie dennoch nicht abgeschafft wurde, weil man vor allem nicht wusste, wie man ohne die Folter auskommen sollte, scheint es plausibel, wenn *Langbein* ausführt, dass die Einführung des Indizienprozesses zur endgültigen Abschaffung der Folter beitrug. Jedoch wirkt die These *Langbeins* zu

⁴⁸⁰ *Schmoeckel*, ebd., S. 568.

⁴⁸¹ *Schmoeckel*, ebd., S. 407 ff., 568.

⁴⁸² *Schmoeckel*, ebd., S. 567 ff.

⁴⁸³ *Schmoeckel*, ebd., S. 568.

⁴⁸⁴ *Schmoeckel*, ebd., S. 505.

theoretisch. Sie setzt voraus, dass es den Menschen durch die Geschichte hindurch maßgeblich nur darum ging, eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Die Folter wurde zwar im Strafverfahren dazu eingesetzt, die Schuldigen ausfindig zu machen und zu bestrafen, jedoch war ihre geringe Eignung zur Klärung der Schuldfrage ein Kritikpunkt bereits seit der Antike.

Überzeugender ist es, die Folter auch als Ausdruck eines Menschenbildes sowie Machtsystems zu begreifen. So ist es bemerkenswert, dass die Griechen und anfänglich die Römer nur Sklaven folterten. Als im späteren Verlauf die Römer die Folter auch auf Freie ausdehnten, unterschieden sie zwischen höherem und niederem Stand.⁴⁸⁵ Auch im Verlauf des Mittelalters zeigt sich wieder diese Unterscheidung von Menschen in diejenigen Gruppen, die gefoltert werden dürfen und solche, die die Folter nicht zu fürchten brauchen. An dieser Unterscheidung wird deutlich, dass manche Menschen, wie z. B. Sklaven, mehr als Sache galten denn als vollwertige Menschen. Man konnte ihnen gegenüber Gewalt anwenden, weil die gerichtliche Aufklärung wichtiger war als die gefolterte Person. Höhere Stände oder qualifizierte Berufsgruppen galten als besonders ehrwürdig. Es stand also nicht der Mensch als unverwechselbar wertvolles Individuum im Zentrum der Betrachtung, dessen Würde es zu schützen galt. Wichtig war allein die gesellschaftliche Funktion, die jemand innehatte. Überdies stand die Anwendung der Folter in einem Zusammenhang mit dem Machterhalt: In der Antike gegenüber den unterlegenen Sklaven sowie generell bei Majestätsverbrechen, im Mittelalter dann vor allem bei Majestätsverbrechen und Häresie. Folter hat sich als Machtinstrument auch bis in die Gegenwart hinein gehalten.

Langbein hat selbst festgestellt, dass die Existenz des neuen Indizienbeweisrechts nicht zwangsläufig bedeutete, dass man die Folter abschaffte. An diesem Punkt sieht *Langbein* das Einbruchstor für andere Faktoren außerhalb des juristischen Beweisrechts. Allerdings stuft er diese außerrechtlichen Faktoren als gegenüber der Entwicklung des Beweisrechts sekundär ein. Er würdigt dabei nicht hinreichend, dass das Indizienbeweisrecht immer nur als zweitrangig galt. Es kam zur Anwendung, wenn man die Folter nicht anwenden durfte oder wenn sie nicht den gewünschten Erfolg brachte. Die Strafe musste hinter der an sich – bei vollem Beweis – zulässigen zurückbleiben. Der Sprung von einem Notbehelf zu einem vollwertigen Beweissystem ist ein gewaltiger. Aus alledem folgt, dass die Entwicklung, die schließlich zur

⁴⁸⁵ Siehe oben 2. Teil A I 1 b) aa).

Abschaffung der Folter führte, eine Vielzahl von Faktoren aufweist, die nicht klar und eindeutig getrennt werden können. Hier sind zu nennen der Wandel philosophischer und religiöser Anschauungen, besonders auch das andere Verständnis von juristischer Wahrheit, die Etablierung humanitären Denkens, die religiösen Entwicklungen sowie auch ein sich veränderndes Verhältnis zum eigenen Körper.

III. Zwischenergebnis

Schon im alten *Griechenland* und *Rom* war Folter üblich, wurde dort zunächst aber nur gegen Sklaven eingesetzt. Bei den *Germanen* war die Folter zwar bekannt, wurde jedoch kaum praktiziert. Gründe hierfür lagen in der dezentralen Staatsstruktur (Sippen), dem Charakter der Bestrafung als „private Angelegenheit“ der Parteien sowie der *außergerichtlichen* Beweiserhebung bei unklarer Sachlage in Form des Eides, Gottesurteils oder Zweikampfes, die eine etwaige Folter entbehrlich machten. Auch in der *fränkisch-karolingischen* Zeit spielte die Folter kaum eine Rolle, da das Gottesurteil noch, wenn auch in modifizierter Form, als Beweismittel üblich war. Über den Gebrauch der Folter im *Hochmittelalter* liegen keine Quellen vor, so dass meist davon ausgegangen wird, dass sie in dieser Zeit nicht eingesetzt wurde. Im *Spätmittelalter* dagegen fand die Folter breiten Eingang in den Strafprozess. Im Zuge der Einführung des Inquisitionsprozesses und der Überhöhung des Geständnisses wurde die Folter immer beliebter. Sie wurde schließlich gesetzlich verankert, durch diese Normierung aber auch in ihrem Umfang beschränkt. So setzte insbesondere die CCC der mit der Folter einhergehenden Willkür strikte Grenzen und machte deren Einsatz von bestimmten Voraussetzungen abhängig.

Es zeigt sich, dass Folter in der Geschichte auch immer eng mit der Macht und dem Willen um Machterhalt verknüpft war. „Es dürfte unstrittig sein, daß Folter immer, auch wenn sie reglementiert ist, in extremer Weise Machtausübung des Folternden oder seiner Auftraggeber gegenüber dem Gefolterten ist. Dadurch wird Herrschaft hergestellt, inszeniert und aufrechterhalten.“⁴⁸⁶ So wurde die Folter zur Zeit der römischen Republik noch sehr restriktiv (nur gegen Unfreie) eingesetzt, während sie sich später mit der niedergehenden römischen Demokratie

⁴⁸⁶ Scharff, Eine unsichere und gefährliche Sache, FAZ Nr. 142 vom 22. Juni 2004, S. 6.

ausweitete. Im späten Mittelalter diente die Folter im Zuge der Ketzerverfolgung auch dem Machterhalt der Kirche und fand Eingang in die weltliche Gerichtspraxis.

Es ist bemerkenswert, wie schnell die Abschaffung der Folter, die eine so lange Tradition hatte, im 18. und 19. Jahrhundert um sich griff. Die Gründe für diese gleichsam revolutionäre Entwicklung sind verschiedener Natur. Maßgeblichen Einfluss hatten dabei Vordenker und Philosophen, die den durch die Folter bewirkten Missstand offen legten. Überdies brachen als Folge der Reformation die Machtstrukturen der Kirche auf, die zur Aufrechterhaltung ihrer Herrschaft auch die Folter eingesetzt hatte. Schließlich mag auch die *poena extraordinaria* dazu beigetragen haben, dass eine Loslösung vom strikten Beweisrecht, das die Folter begünstigt hatte, stattfand.

B. Das Folterverbot in Deutschland

In Deutschland hat sich aufgrund des eingangs erwähnten Frankfurter Falles eine neuerliche Debatte zu der Frage, ob jegliche Folter ohne Einschränkung nach deutschem Recht verboten ist, entfacht. Rechtlich ging es um die Frage, ob die Androhung von Gewalt gegenüber einem Tatverdächtigen zulässig ist, wenn damit bezweckt wird, ein Menschenleben zu retten („Gefahrenabwehrfolter“).⁴⁸⁷ Der dringend Tatverdächtige machte keine Angaben dazu, wo sich sein Entführungssopfer befand

⁴⁸⁷ Zum Begriff: *Hecker*, KJ 2003, S. 210 (211), hat den Begriff der „Rettungsfolter“ geprägt, der teilweise vom Schrifttum aufgegriffen wurde (siehe z. B. *Götz*, NJW 2005, S. 953; *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (335); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79). In dieser Arbeit wird dagegen von „Gefahrenabwehrfolter“ gesprochen, weil dieser Begriff besser geeignet ist, den Problemkreis zu charakterisieren: Es geht um Folter im Rahmen der Gefahrenabwehr im Gegensatz zur Folter zum Zwecke der Strafverfolgung. Der Begriff „Rettungsfolter“ ist dagegen nicht hinreichend objektiv, da das Wort „Rettung“ emotional positiv behaftet ist. Für die Begrifflichkeit wie in dieser Arbeit auch *Jerouschek*, JuS 2005, S. 296 (297); siehe auch *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, S. 613 (614), mit folgender sprachlicher Differenzierung: Nur im Strafprozess sollte von „Inquisitionsfolter im engeren Sinne“ geredet werden, während es im Polizeirecht um „Präventionsfolter oder Folter im weiteren Sinne“ gehe. Unter „unspezifischer Folter“ verstehen die Autoren z. B. „Quälen als Selbstzweck, zur bloßen Terrorisierung, Abschreckung, Machtdemonstration, Bestrafung usw.“ Ablehnend gegen diese neuen Wortschöpfungen mit „intentionaler Komponente“ *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (30 ff.).

und ob es noch lebte, sondern leitete die Ermittler vielmehr bewusst in die Irre. Erst infolge der Androhung von Gewalt während der Vernehmung auf Anordnung des Polizeivizepräsidenten offenbarte der Tatverdächtige den Aufenthaltsort des zuvor von ihm ermordeten Jungen.⁴⁸⁸

Im Rahmen der Diskussion dieses Falles fand auch das bereits unter anderem von *Brugger* schon zuvor problematisierte und ebenso eingangs geschilderte sog. „Ticking-bomb“ – Szenario Beachtung. Vor dem Hintergrund dieser beiden Fallsituationen soll im Folgenden die deutsche Rechtslage erörtert werden. Während der „klassische“ Fall der Folter im Strafverfahren zur Abringung eines Geständnisses bislang von niemandem befürwortet wird, sind es gerade die Grenzsituationen im Bereich der Gefahrenabwehr, bei denen die Rechtslage mittlerweile umstritten ist.

I. Das Verbot der Folter im Verfassungsrecht

Das deutsche Recht kennt keine Regelung, die dem Wortlaut nach Folter verbietet.⁴⁸⁹ Vielmehr wurde die Anwendung von Folter in verschiedenen Vorschriften dem Sinn nach verboten, ohne dass das Wort Folter dabei ausdrücklich genannt wird.⁴⁹⁰ Zunächst soll ein Blick auf die Verfassungsebene geworfen werden, weil sich an ihr letztlich auch das einfache Recht zu messen hat.⁴⁹¹

Die Verfassung vermittelt den Schutz vor staatlicher Folter durch Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG sowie vor allem durch

⁴⁸⁸ Eine kurze Darstellung des Sachverhaltes findet sich im Abdruck des Urteils des LG Frankfurt a. M., NJW 2005, S. 692, sowie z. B. bei *Welsch*, BayVBl. 2003, S. 481 (482), mit Nachweisen aus der Diskussion in der Presse sowie der Rechtswissenschaft.

⁴⁸⁹ Lediglich die zur Umsetzung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes erlassenen §§ 7 Abs. 1 Nr. 5, 8 Abs. 1 Nr. 3 VStGB sprechen ausdrücklich von „Folter“, BGBl. I 2002, 2254 ff. (siehe oben Fn. 50).

⁴⁹⁰ Diese Umschreibung des Wortes Folter mag daran liegen, dass gerade das Wort „Folter“ nicht eindeutig, sondern auslegungsbedürftig ist.

⁴⁹¹ Das einfache Recht ist nämlich ggf. verfassungskonform so auszulegen, dass es in seiner Aussage nicht im Widerspruch zur Verfassung steht. Dort, wo eine verfassungskonforme Auslegung nicht mehr möglich ist, weil der eindeutige Wortlaut dies nicht zulässt oder Sinn und Zweck des Gesetzes erkennbar der Verfassung entgegenlaufen, ist das einfache Recht nichtig, siehe nur *Stein/Frank*, Staatsrecht, § 20 II 1 c und d, S. 151 f.

Art. 1 Abs. 1 GG. Sowohl Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG als auch Art. 1 Abs. 1 GG wurden unter dem Eindruck der menschenverachtenden Ideologie und Praktiken des Dritten Reiches in die Verfassung aufgenommen.⁴⁹² Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bezieht sich in spezifischer Weise auf die Situation, in der Menschen dem Staat physisch „ausgeliefert“ sind und daher einen besonderen Schutz vor Ausnutzung dieser Zwangslage durch Misshandlung bedürfen. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG vermittelt dagegen nur einen allgemeinen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. Art. 1 Abs. 1 GG schützt mit der Garantie der Menschenwürde den absoluten Kernbereich menschlichen Seins und ist daher für die Folterproblematik von höchster Relevanz.

1. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG

a) Misshandlungsverbot

Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt, dass festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden dürfen. Eine *seelische Misshandlung* wird als „entwürdigende und entehrende Behandlung“ beschrieben, die vor allem dann verwirklicht sein soll, wenn auf die freie Willensbildung oder die Erinnerungsfähigkeit des Festgenommenen eingewirkt wird.⁴⁹³ Sie kann allerdings nur bei einer besonders starken psychischen Belastung angenommen werden.⁴⁹⁴ Die *körperliche Misshandlung* wird oft in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 223 StGB definiert als eine „üble, unangemessene Einwirkung“, durch die das körperliche Wohlbefinden oder auch die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁴⁹⁵ In Anbetracht eines fehlenden Gesetzesvorbehaltes wird vor einer zu extensiven Aus-

⁴⁹² Für Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG: *Düx/Schroeder*, ZRP 2003, S. 180; für Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG: v. *Münch*, Staatsrecht II, Rn. 301.

⁴⁹³ *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104, Rn. 22; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 104, Rn. 8; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 54.

⁴⁹⁴ *Wehowsky*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 104, Rn. 18.

⁴⁹⁵ BGHSt 14, 269 (271); für Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG übernommen z. B. von: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 104, Rn. 8; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, § 104, Rn. 14; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 54; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104, Rn. 21, der allerdings die Wendung „nicht nur unerheblich“ weglässt und damit von einer besonders weiten Definition ausgeht.

legung gewarnt.⁴⁹⁶ Übereinstimmung herrscht insoweit, dass Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG gerade vor psychischer und physischer Folter schützen soll und auch sonst jede unmenschliche und erniedrigende Behandlung sowie allgemein jede menschenunwürdige Verletzung verbietet.

b) Geschützter Personenkreis

Nicht eindeutig ist, wann eine Person im Sinne des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG „festgehalten“ ist. Teilweise wird vertreten, dass hierbei der Grad einer Freiheitsentziehung erreicht werden müsse,⁴⁹⁷ überwiegend wird eine Freiheitsbeschränkung als ausreichend erachtet⁴⁹⁸ oder in dem Terminus „festgehalten“ eine ganz eigene Kategorie gesehen, die all jene Fälle umfasst, in denen „der Betroffene den Übergriffen nicht dadurch ausweichen kann, dass er sich entfernt“.⁴⁹⁹

Eine Beschränkung des Schutzes aus Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG auf Fälle, in denen die Bewegungsfreiheit der Person *umfassend* entzogen ist, würde nicht alle Fälle von Folter erfassen. Für die Bezeichnung einer staatlichen Misshandlung als Folter reicht es aus, wenn sich das Opfer zumindest in der tatsächlichen Gewalt oder Kontrolle des Folterers befindet.⁵⁰⁰ Eine Einengung des Schutzes auf Freiheitsentziehungen ist überdies nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm abzulehnen. Der Wortlaut „festgehalten“ bedeutet im Gegensatz zu Worten wie „festgenommen“ oder „inhaftiert“ nur, dass die Person nicht mehr über ihre vollständige Bewegungsfreiheit verfügt;

⁴⁹⁶ Degenhart, in: Sachs, Art. 104, Rn. 45: „Wortlaut und Systematik der Norm, insbesondere das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts, wie ihn Art. 2 II 3 auch für das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit enthält, stehen einer Deutung entgegen, die jede Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder der freien Willensentscheidung als Misshandlung auffasst. Als Konkretisierung des Menschenwürdesatzes des Art. 1 I dürfte der Begriff der Misshandlung aus diesem zu bestimmen sein.“; Burgi/Teuber, NWVBl 2004, S. 401 (405); Rüping, in: BK, Art. 104, Rn. 37; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 54.

⁴⁹⁷ Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104, Rn. 20.

⁴⁹⁸ Guckelberger, VBlBW 2004, S. 121 (122); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 53.

⁴⁹⁹ Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 104, Rn. 29.

⁵⁰⁰ Burgers/Danielius, The United Nations Convention against Torture, S. 120 f.

den Grad der Einschränkung legt das Wort nicht fest. *Entstehungsgeschichtlich* wurde das Misshandlungsverbot als Konsequenz des geschehenen nationalsozialistischen Unrechts aufgenommen.⁵⁰¹ Sinn und Zweck der Vorschrift zielt darauf ab, staatliche Übergriffe in einer Zwangssituation, in der der Bürger von vornherein unterlegen ist, zu verhindern.⁵⁰² Letztlich aber bedarf diese Frage keiner abschließenden Klärung, weil der Schutz vor Folter bereits aus Art. 1 Abs. 1 GG folgt.⁵⁰³ Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG soll den schwierig zu greifenden Art. 1 Abs. 1 GG lediglich konkretisieren und in seiner Wirksamkeit *ausdehnen*, keinesfalls aber einschränken.⁵⁰⁴

c) Beschränkbarkeit des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG

Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG enthält dem Wortlaut nach keinen Gesetzesvorbehalt. Strittig ist, ob das Missbrauchsverbot gleichwohl verfassungsimmanente Schranken unterworfen ist.⁵⁰⁵ Grundsätzlich sind auch Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt durch andere Güter von Verfassungsrang Grenzen gesetzt. Eine solche Einschränkung ist im Sinne der Einheit der Verfassung notwendig, damit die einzelnen Grundrechte miteinander schonend in Einklang gebracht werden können (praktische Konkordanz). Sie führt letztlich sogar zu einem bes-

⁵⁰¹ *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104, Rn. 6, 29; *Rüping*, in: BK, Art. 104, Rn. 36 und 6 f.

⁵⁰² So ist *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 104, Rn. 29, zuzustimmen, der es ausreichen lässt, wenn der Betroffene in irgendeiner Weise „eingekreist“ ist oder körperlich „festgehalten“ wird.

⁵⁰³ *Hömig*, in: Seifert/Hömig, Art. 104, Rn. 4; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 104, Rn. 12; *Starck*, JZ 1981, S. 457 (459).

⁵⁰⁴ *Burgi/Teuber*, NWVB1 2004, S. 401 (405); *Hecker*, KJ 2003, S. 210 (213).

⁵⁰⁵ *Für verfassungsimmanente Schranke*: Herzberg, JZ 2005, S. 321 (326); *Lehmhöfer*, Recht im Amt 2005, S. 53 (55); *für teleologische Reduktion*: Brugger, AJCL 48 (2000), S. 661 (671 f.); *ders.*, JZ 2000, S. 165 (169); Götz, NJW 2005, S. 953 (956); *gegen verfassungsimmanente Schranke*: Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 54: „... eine Mißhandlung läßt sich grundsätzlich nicht im Wege einer Abwägung rechtfertigen“ – wobei das Wort „grundsätzlich“ auf mögliche Ausnahmen hindeutet; *Neubaus*, GA 2004, S. 521 (528) für den aus Art. 1 Abs. 1 resultierenden „abwägungsfesten Kernbereich“; siehe auch *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (42), der davon ausgeht, dass bei Art. 104 Abs. 1 Satz 2 aufgrund seines Schutzbereiches („dürfen weder“) keine praktische Konkordanz möglich ist; wohl auch *Merten*, JR 2003, S. 404 (405).

seren Schutz, weil der Tatbestand durch die Möglichkeit der Einschränkung weiter gefasst werden kann.

Problematisch ist die Beschränkbarkeit des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG nur insofern, als das hier normierte Missbrauchsverbot Schutz auch vor menschenunwürdigen Übergriffen bietet und insoweit nach der Wertung des Art. 1 Abs. 1 GG nicht eingeschränkt werden dürfte. Dies ist allerdings ein rein dogmatisches Problem ohne praktische Relevanz, da der Schutz vor Folter derselbe ist, gleichgültig, ob in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG ein unantastbarer Kernbereich gesehen wird oder ob direkt auf eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG abgestellt wird. Da es im Kern um den Schutz der Menschenwürde geht, sollen die sich im Hinblick auf die Menschenwürde ergebenden Fragen auch dort näher erörtert werden.

2. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Geschützt werden hierdurch sowohl die physische wie auch die psychische Gesundheit.⁵⁰⁶ Nach der eingangs dargestellten Definition ist Folter immer mit intensiver Schmerzzufügung physischer oder psychischer Art verbunden, so dass Folter stets einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bedeutet.⁵⁰⁷ Da das charakteristische Übel der Folter gerade über die bloße Verletzung des Körpers hinausgeht,⁵⁰⁸ und da Art. 2 Abs. 2 GG (im Gegensatz zu Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG) einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt unterworfen ist, liegt der Prüfungsschwerpunkt der Verfassungswidrigkeit der Folter allerdings in der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 GG.

3. Art. 1 Abs. 1 GG

Es wurde bis vor kurzem allgemein angenommen, dass die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG einen absoluten Schutz vor Folter vermittelt. Die Folter schien geradezu *das* Paradebeispiel für eine nach Art. 1 Abs. 1 GG verbotene Handlung zu sein, wobei sich jedoch diese

⁵⁰⁶ Vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Piero*th, Art. 2, Rn. 83; BVerfGE 56, 54 (74 f.).

⁵⁰⁷ *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (483).

⁵⁰⁸ Siehe oben 1. Teil, A I 3 c; *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (336).

Aussage oft in einer bloßen Behauptung erschöpfte oder jedenfalls nur unzureichend begründet wurde. In jüngster Zeit sind Stimmen zu verzeichnen, die an der Tatsache des absoluten Folterverbotes durch Art. 1 Abs. 1 GG zweifeln.⁵⁰⁹

Im Rahmen der Prüfung des Art. 1 Abs. 1 GG soll es darum gehen, zu untersuchen, *ob* und in welchem *Umfang* diese Verfassungsnorm tatsächlich ein Folterverbot enthält. Dazu ist es notwendig, den Begriff der Menschenwürde – soweit möglich – zu definieren [a)], darzulegen, inwiefern Folter die Menschenwürde verletzt [b)] sowie die Auseinandersetzung um Grenzen des Menschenwürdeschutzes im Rahmen der Folter darzustellen [c) und d)].

a) Die Definition von Menschenwürde und ihre Bedeutung im Gesamtgefüge des GG

Der Begriff der Menschenwürde ist kein rein juristischer.⁵¹⁰ Die Frage nach der Menschenwürde wird darum auch von Juristen, Theologen, Philosophen und Sozialwissenschaftlern gleichermaßen diskutiert. Die Erfassung des Art. 1 GG steht vor der besonderen Herausforderung, einen mit zweieinhalb Jahrtausenden Philosophiegeschichte befrachteten Begriff, der überdies emotional beladen ist, für den juristischen Kontext aufzubereiten.⁵¹¹ Es handelt sich bei Art. 1 Abs. 1 GG um eine Generalklausel mit „besonderer normativer Offenheit“.⁵¹² Der Schutz der Menschenwürde ist nicht auf einen speziellen Kontext begrenzt, lebt vielmehr in seiner Aussage von einer gewissen Offenheit. Erschwerend kommt hinzu, dass Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG die Menschenwürde für unantastbar erklärt. Während bei anderen, dem Wortlaut nach schrankenlos gewährten Grundrechten wenigstens im Wege der praktischen Konkordanz ein Abwägungsprozess stattfindet, ist die Menschenwürde als oberstes Konstitutionsprinzip *absolut* geschützt.⁵¹³ Die für die Definition besondere Schwierigkeit folgt aus der Verbindung der generalklauselartigen Struktur der Menschenwürde mit der Unantast-

⁵⁰⁹ Siehe an dieser Stelle *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 (322): „In Wahrheit aber kann man aus Art. 1 GG ein Folter- und Folterandrohungsverbot keineswegs herleiten.“

⁵¹⁰ Vgl. nur *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (179).

⁵¹¹ *Höfling*, JuS 1995, S. 857 (858 ff.).

⁵¹² *Höfling*, ebd.

⁵¹³ Siehe unten 2. Teil B I 3 c).

barkeitsformel. *Höfling* spricht insoweit von einem „Konkretisierungsdilemma“: Entweder man respektiert die Unantastbarkeit um den Preis einer sehr engen Auslegung dessen, was Menschenwürde ist, oder man ist beim Anwendungsbereich der Menschenwürde großzügiger, kann aber die Unantastbarkeit nicht in letzter Konsequenz aufrechterhalten. „Beides zusammen – also: große praktische Relevanz und absoluter Unbedingtheitsanspruch – ist nicht zu haben.“⁵¹⁴

aa) Basis der Definition: Philosophiegeschichte

Zunächst soll ein Blick auf die dem Menschenwürdebegriff zugrunde liegende Philosophiegeschichte geworfen werden. Das Wort Menschenwürde“ hängt etymologisch mit dem Adjektiv „wert“ zusammen. Menschenwürde ist also ein „wertender“ und kein objektiver Begriff, der – auch im juristischen Zusammenhang – nicht losgelöst von Philosophie bzw. Theologie betrachtet werden kann.⁵¹⁵ Vor allem ein *positiver* Definitionsansatz der Menschenwürde, der notwendig ist, um neue Sachverhalte juristisch werten zu können, kann nur unter dem Einfluss der Philosophiegeschichte gelingen.

(1) Antike

Die Antike war von einer starken Gemeinschaftsbezogenheit geprägt. Die Zugehörigkeit zur *Polis* war für den Griechen von besonderer Bedeutung.⁵¹⁶ Der Mensch sah sich in erster Linie nicht als Individuum, sondern als Teil der Gemeinschaft.⁵¹⁷ Folge dieser gemeinschaftsorientierten Perspektive ist es, dass sich die Rechts- und Staatsphilosophie der klassischen Antike dem Begriff der Menschenwürde weitgehend nicht widmete.⁵¹⁸

⁵¹⁴ *Höfling*, JuS 1995, S. 857 (859).

⁵¹⁵ *Petersen*, KJ 2004, S. 316 (318).

⁵¹⁶ *Schütz*, BayVBl. 1991, S. 615.

⁵¹⁷ *Schütz*, ebd.; näher zu *Platon*: siehe *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, § 10, Rn. 237 f., S. 242; näher zu *Aristoteles*: siehe *Horn*, ebd., § 11, Rn. 261 f.

⁵¹⁸ *Schütz*, ebd., S. 615 (616).

Der *Begriff* der Menschenwürde nach heutigem Verständnis wurde erst von der *Stoa* geprägt.⁵¹⁹ An dieser Stelle ist besonders das Werk von *Marcus Tullius Cicero* (106–43 v. Chr.) hervorzuheben. Dieser erwähnt die Menschenwürde („*dignitas*“) in seiner Schrift *De Officiis*, wobei er diesen Begriff wahrscheinlich aus dem Werk *περὶ τοῦ καθήκοντος* des griechischen Schriftstellers *Panaetius* übernommen hatte, welches etwa auf 128 v. Chr. datiert wird. Diese Schrift gilt nach gegenwärtigem Stand der Forschung als die erste, die den *Begriff* der Menschenwürde verwendet.⁵²⁰ Cicero verwendet den Begriff „*dignitas*“ mehrfach, jedoch nur *einmal*, und zwar in seinem erwähnten Werk *De Officiis*, bezogen auf *den Menschen an sich*.⁵²¹ Während *Cicero* darin von einer Würde spricht, die dem Menschen *als Mensch* zukommt, gleichsam als Unterscheidungskriterium von Tieren,⁵²² kennzeichnet *dignitas* in seinen anderen Werken die öffentliche Stellung, die eine Person innehat.⁵²³ Letztere Bedeutung der *dignitas* fügt sich in die Konnotation ein, die diesem Wort im lateinischen Sprachgebrauch zu jener Zeit zukam.⁵²⁴ Für das heutige Verständnis der Menschenwürde ist daher von besonderem Interesse die erstere Bedeutung, d. h. der Gebrauch von *dignitas* als eine dem Menschen aufgrund seines Menschseins innewohnende Qualität aufgrund seines Verstandes, seiner Selbstbeherrschung und seiner Vorrangstellung vor den anderen Geschöpfen.⁵²⁵

⁵¹⁹ *Cancik*, in: Kretzmer/Klein (Hrsg.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, S. 19.

⁵²⁰ Da der griechische Text jedoch nicht erhalten geblieben ist, ist *Ciceros* Werk die erste Quelle, an die man bezüglich des *Begriffs* der Menschenwürde anknüpfen kann, siehe *Cancik*, ebd., S. 19 (22).

⁵²¹ *Cancik*, ebd., S. 19 (20).

⁵²² Ein Abdruck der einschlägigen Textstelle sowie eine Übersetzung ins Englische findet sich bei *Cancik*, ebd., S. 19 (20 f.).

⁵²³ „*Dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas.*“ *Cicero*, *De Inventione* 2.55.166, zit. nach *Cancik*, ebd., S. 19 (23).

⁵²⁴ Für die Bedeutung von *dignitas* im allg. lateinischen Sprachgebrauch siehe *Cancik*, ebd., S. 19 (23 f.).

⁵²⁵ *Cancik*, ebd., S. 19 (27). Siehe zu *Ciceros* Verständnis der Menschenwürde auch: *Dreier*, in: ders., *GG-Kommentar*, Art. 1 Abs.1, Rn. 4; *Geddert-Steinacher*, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, S. 41.

(2) Jüdisch-christlicher Einfluss

Der europäische Rechtskreis wurde insbesondere durch die Glaubensinhalte des Christentums geprägt.⁵²⁶ Bereits die Juden zur Zeit des Alten Testaments waren der Überzeugung, dass der Mensch nach dem Ebenbild Gottes geschaffen wurde.⁵²⁷ Die hierauf beruhende *Imago-dei-Lehre*, auf die in der verfassungsrechtlichen Diskussion des Art. 1 Abs. 1 GG immer wieder zurückgegriffen wird,⁵²⁸ erhöht den Menschen in besonderem Maße gegenüber allen anderen Lebewesen. Dem Menschen wird danach durch seinen Schöpfer ein besonderer Glanz, eine besondere Wertigkeit verliehen. Ihm wird die Verantwortung über die übrige Schöpfung übertragen.⁵²⁹ Auch wenn die genaue Bedeutung der Ebenbildlichkeit im Einzelnen auslegungsbedürftig ist, dürfte wohl gemeint sein, dass dem Menschen ganz besondere – Gott gleiche – Eigenschaften verliehen wurden. Des Weiteren ergibt sich aus den Schriften des Alten Testaments, dass Gott den Menschen schuf, um mit ihm Gemeinschaft zu haben.⁵³⁰ Der Mensch sollte ein „Gegenüber“, kein nur beherrschtes Wesen sein. Dieses in den Schriften des Alten Testaments vorfindliche Menschenbild wird durch das Neue Testament⁵³¹ noch verstärkt, da nach neutestamentlicher Lehre Jesus Christus für die Sünder, d. h. für alle Menschen, unabhängig von ihrer Vorleistung, starb, um diese in die Gemeinschaft mit Gott zurückzuführen.⁵³² Zu-

⁵²⁶ Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 5; *Hofmann*, Der Staat 37 (1998), S. 349 (351).

⁵²⁷ 1. Mose 1, 26 f.; 9, 6. Im Neuen Testament wird dies bestätigt in Epheser 4, 24.

⁵²⁸ *Benda*, in: HdbVerfR, S. 161 (162); *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (199); *Robbers*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 1, Rn. 8; *Starck*, JZ 1981, S. 457 (459); *Wertenbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, S. 191; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 21 I, S. 200, siehe auch die Voraufgabe: *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., § 23 I 1, S. 171.

⁵²⁹ 1. Mose 1, 28.

⁵³⁰ Vgl. 5. Mose 6, 5 („lieb haben“ weit mehr als „verehere“); Jesaja 49, 15 f.; Gemeinschaft mit einzelnen Menschen: 1. Mose 5, 24; 2. Mose 33, 11.

⁵³¹ Im Neuen Testament wird die angestrebte Gemeinschaft des biblischen Gottes mit den Menschen z.B. deutlich in: Johannes 6, 56; 14, 20 u. 23; 17, 21. Menschen als „Kinder“ Gottes z.B. in Lukas 6, 35; Römer 8, 16 f.; Galater 3, 26; Epheser 5, 1; 1. Johannes 3, 1 f.; Gott als „Vater“ z. B. in Matthäus 23, 9; Lukas 6, 36; 11, 13; Römer 8, 15.

⁵³² *Weiß*, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, S. 39 (41): „Ein entscheidender Impuls für die Menschenrechtsidee ist vom Christentum

sammenfassend charakterisiert *Isensee*: „Das Christentum begründet die Dignitas in seiner Schöpfungs- wie in seiner Erlösungslehre. Die alttestamentarische Offenbarung, daß Gott den Menschen als sein Ebenbild schuf, wird durch die neutestamentarische erweitert, daß Gott selbst Mensch, wahrer Mensch, wurde, um die Menschheit zu retten. Diese Begründung der Menschenwürde liegt in der Transzendenz.“⁵³³

(3) Neuzeitliche Naturrechtslehre

War für *Thomas von Aquin* das Naturrecht noch eng an das Christentum gebunden, so wurde ab dem 16. Jahrhundert mehr und mehr versucht, Naturrecht und Gottesbezug voneinander zu lösen. Die Reformationszeit und die daraus folgende Spaltung der Kirche trug dazu bei, dass die Autorität einer verbindlichen kirchlichen Lehrmeinung zunehmend in Frage gestellt wurde. Ein überkonfessioneller oder auch gänzlich von der Religion losgelöster philosophischer Ansatz, der potentiell von allen Menschen geteilt werden konnte, wurde somit immer attraktiver.⁵³⁴ Die neuzeitliche Naturrechtslehre zeichnet sich also durch eine zunehmende Säkularisierung aus. Mit Hilfe von Vertragstheorien versuchten unter anderem *Thomas Hobbes* (1588–1679), *John Locke* (1632–1704) und *Jean-Jacques Rousseau* (1712–1778) eine Legitimation für die staatliche Macht zu konstruieren. Im Einzelnen sind die Vertragstheorien sehr unterschiedlich. Dennoch gibt es eine gewisse gemeinsame Basis. Gemeinsamer Ausgangspunkt ist, dass die Menschen

ausgegangen. Das Leben, Predigen und Wirken, vor allem aber der Tod von *Jesus Christus* haben dem Menschenbild der Antike neue Wege gewiesen und dieses veränderte Bild des Menschen schließlich in die Neuzeit transportiert. In radikaler Vereinfachung kann man sagen, dass Gott den Menschen um seiner selbst willen annimmt und ihm seine Sünden vergibt. ... Gott wendet sich – in *Jesus Christus* – allen Menschen zu, auch den Entrechteten und Verachteten, er sucht die Zweifler und sät das Korn des Glaubens in ihr Herz.“ Gleichermassen auch *Eckert*, in: Kretzmer/Klein (Hrsg.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, S. 41 (44): „Another major argument for human dignity was the incarnation. Human nature is entitled to boundless dignity because of its relation to Christ.“ Siehe aus dem Neuen Testament z.B. Johannes 3, 16.

⁵³³ *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (202).

⁵³⁴ *Zippelius*, *Geschichte der Staatsideen*, S. 125.

in ihrem Naturzustand frei und gleich an Rechten gewesen seien.⁵³⁵ Um das Zusammenleben erträglich zu gestalten (z. B. um sich vor Übergriffen anderer zu schützen), hätten die einzelnen Individuen – *fiktiv* – einen Teil ihrer Rechte vertraglich auf den Staat übertragen. Durch diese Vertragstheorien erfährt das *Individuum* eine Aufwertung. Auch führt die Annahme von natürlichen Rechten (wie vor allem Freiheit und Gleichheit) in die Richtung der Zuerkennung einer jedem Menschen innewohnenden Menschenwürde.

Einen unmittelbaren Bezug zur Menschenwürde stellte *Samuel Pufendorf* (1632–1694) her. In seinem Werk „*De iure naturae et gentium*“ (1672) schreibt er, dass dem Menschen aufgrund seiner unsterblichen Seele, seiner Intelligenz und der Fähigkeit, Entscheidungen zu fällen, eine besondere Würde zukomme. *Pufendorf* knüpft an *Cicero* an, jedoch erweitert um die metaphysische Ebene der Unsterblichkeit der Seele. *Pufendorfs* Gedanken fanden weite Verbreitung über Europa hinaus.⁵³⁶

(4) Aufklärung

Die im 18. Jahrhundert beginnende „Aufklärung“ in Deutschland ist mit keinem anderen Namen so verknüpft wie dem von *Immanuel Kant* (1724–1804). Das System der kantischen Schriften ist sehr komplex und soll hier nur insoweit interessieren, als es Bezüge zur Menschenwürde aufweist. Der Ausdruck „Menschenwürde“ findet sich nur fünfmal in den Werken Kants. Das Wort „Würde“ hingegen gebraucht er an 2450 Textstellen, oft im Zusammenhang mit der „Menschheit“ oder der „menschlichen Natur“.⁵³⁷

Kant verlangt, dass die Menschen einander Achtung entgegenbringen, die sich in der Anerkennung der Würde des anderen ausdrückt. Die Würde bestehe darin, dass der Mensch einen Wert habe, „der keinen Preis hat, kein Äquivalent, wogegen das Object der Werthschätzung

⁵³⁵ Zu den Vertragstheorien vgl. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 32 ff.

⁵³⁶ Für *Pufendorf* und seine Rezeption der Menschenwürde siehe *Cancik*, in: Kretzmer/Klein (Hrsg.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, S. 19 (30 ff.).

⁵³⁷ *Cancik*, ebd., S. 19 (34).

(aestimii) ausgetauscht werden könnte“.⁵³⁸ Grundsätzlich bestimme das Gesetz für alles einen Wert (Äquivalent).⁵³⁹ Die Gesetzgebung selbst, die den Wert zuweist, genießt eine Würde im Sinne eines „unbedingten unvergleichbaren“ Wertes.⁵⁴⁰ Der Mensch aber sei Gesetzgeber: Der kategorische Imperativ („Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne“⁵⁴¹), der gleichsam das (moralische) Grundgesetz darstelle, sei dem Menschen aufgrund seiner autonomen Vernunft gegeben.⁵⁴² Der Mensch besitze die Autonomie, moralische Gesetze zu erlassen. „Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.“⁵⁴³ Kant charakterisiert den Menschen überdies als „Zweck an sich selbst“, was bedeutet, dass der Mensch absolut sei und einen Eigenwert habe.⁵⁴⁴ „Das Subject der Zwecke, d. i. das vernünftige

⁵³⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil (Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre), § 37, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. VI, S. 462.; vgl. auch Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 434. Vitzthum, JZ 1985, S. 201 (205) interpretiert Kant: „Der Wert nun, der gegen keinen anderen getauscht, durch keinen anderen Preis äquivalent bewertet werden kann, ist der absolute (oder auch der innere) Wert von etwas. Er verleiht allem übrigen einen abgeleiteten Wert. Einen solchen unvertretbaren ‚innern Wert, d. i. Würde‘ hat für Kant nur eines auf der Welt: die mit moralischer Identität, praktisch-vernünftiger Selbstverantwortung und der Fähigkeit zu rationaler Selbstbestimmung ausgestattete Person.“

⁵³⁹ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 436: „Denn es hat nichts einen Werth als den, welchen ihm das Gesetz bestimmt.“

⁵⁴⁰ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 436.

⁵⁴¹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Erster Theil, § 7, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. V, S. 30; siehe auch *ders.*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2. Abschnitt, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 432.

⁵⁴² Lorz, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, S. 122.

⁵⁴³ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 436.

⁵⁴⁴ Vgl. Schmid, *Wörterbuch zum leichtern Gebrauch der Kantischen Schriften*, Stichwort „Zweck“, S. 611. Ein (praktischer) objektiver Zweck liegt vor, „wenn er auf etwas absolut Gutes gerichtet ist, das an sich selbst, nicht erst als Mittel zu etwas andern, einen unvergleichbaren Werth hat“.

Wesen selbst, muß niemals bloß als Mittel, sondern als oberste einschränkende Bedingung im Gebrauche aller Mittel, d. i. jederzeit zugleich als Zweck, allen Maximen der Handlungen zum Grunde gelegt werden.“⁵⁴⁵ Zusammenfassend lässt sich Kants These mit den Worten von *Lorz* festhalten: „Diese Fähigkeit zur freien Selbstgesetzgebung macht seinen ‚unendlichen‘ Wert aus, läßt ihn als Zweck an sich selbst erscheinen und rechtfertigt es, ihm Würde und Persönlichkeit zuzusprechen.“⁵⁴⁶

Auch für den Fall, dass ein Mensch aufgrund geistiger Defizite oder schändlicher Gesinnung nicht in der Lage bzw. nicht willens ist, sich sittlich selbst zu bestimmen, besitzt dieser nach Kant Würde.⁵⁴⁷ Es komme nämlich nicht nur dem einzelnen Menschen, sondern – gleichsam als Auffangtatbestand – auch der „Gattung Mensch“ Würde zu. Der Geistesranke oder Verbrecher ist also mit Würde ausgestattet, weil er Mensch ist.⁵⁴⁸ Die Würde ist dem Menschen somit angeboren und kann nicht verwirkt werden.⁵⁴⁹

Dass die Wurzeln von *Kant* in seinem pietistischen Elternhaus liegen, ist spürbar: Die besonders sittenstrenge Erziehung schlägt sich in seinem hohen moralischen Anspruch nieder. Er löst nun gewissermaßen die christlichen Moralvorstellungen aus dem Glaubensgefüge heraus und siedelt diese auf der Ebene des Verstandes neu an.⁵⁵⁰ Der von *Kant*

⁵⁴⁵ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 438.

⁵⁴⁶ *Lorz*, Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants, S. 123.

⁵⁴⁷ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Zweiter Teil (Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre), § 39, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. VI, S. 463: „... kann ich selbst dem Lasterhaften als Menschen nicht alle Achtung versagen, die ihm wenigstens in der Qualität eines Menschen nicht entzogen werden kann; ob er zwar durch seine That sich derselben unwürdig macht.“ Vgl. hierzu auch: *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 34 f.

⁵⁴⁸ *Lorz*, Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants, S. 123 f.

⁵⁴⁹ *Lorz*, ebd., S. 124.

⁵⁵⁰ *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Vorrede, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. VI, S. 3: „Sie [die Moral – d. Verf.] bedarf also zum Behuf ihrer selbst (sowohl objectiv, was das Wollen, als subjectiv, was das Können betrifft) keineswegs der Religion, sondern vermöge der reinen praktischen Vernunft ist sie sich selbst genug.“

formulierte kategorische Imperativ hegt eine große Ähnlichkeit zu der bereits in der Bibel⁵⁵¹ formulierten sog. „goldenen Regel“. ⁵⁵² Auch ist die Vorstellung, dass die Würde des Menschen mit seiner Fähigkeit zu sittlicher Verantwortung zusammenhänge, bereits im Christentum angelegt. ⁵⁵³ Ebenso stimmt die Vorstellung einer *angeborenen* Menschenwürde mit der biblischen überein. In Anlehnung an den Stellenwert, den das (göttlich inspirierte) persönliche Gewissen im Protestantismus einnimmt, liegt für *Kant* das Wissen um das moralisch Richtige im Menschen selbst angesiedelt. ⁵⁵⁴ Während das Gewissen im Protestantismus allerdings der Erkenntnis aus der Bibel untergeordnet ist, meint *Kant*, dass das moralisch Richtige von jedem Menschen autonom erkannt werden könne.

(5) Bedeutung der Philosophiegeschichte für Art. 1 Abs. 1 GG

Im Parlamentarischen Rat wurden die verschiedensten Vorschläge für die Normierung der Menschenwürde diskutiert. Darunter befand sich auch eine an das Naturrecht appellierende Formulierung: „Die Würde des Menschen ruht auf ewigen, einem Jeden von Natur aus eigenen Rechten.“ ⁵⁵⁵ Gleichmaßen wurde auch vorgeschlagen, die Menschenwürde als „Gott gegebenes Recht“ zu begreifen. ⁵⁵⁶ Im Ergebnis hat sich mit der heutigen textlichen Fassung des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG eine bezüglich der philosophisch-theologischen Wurzeln neutrale Formulie-

⁵⁵¹ Matthäus 7, 12.

⁵⁵² Vgl. zur Kritik an der Geeignetheit des kategorischen Imperativs als Richtschnur von Recht und Moral die Literaturangaben bei *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 37. Auch im Hinduismus, Islam und Buddhismus existieren ähnliche Verhaltensvorschriften, vgl. Übersicht bei *Nowak*, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem, S. 21. Die „goldene Regel“ im jüdischen Glauben lautet: „What is hateful to you, do not do unto your friend.“ (Shabbat 31 a), zit. nach *Amiel*, Ethics and Legality in Jewish Law, S. 30.

⁵⁵³ Vgl. hierzu *Bielefeldt*, Philosophie der Menschenrechte, S. 64.

⁵⁵⁴ *Zippelius*, Geschichte der Staatsideen, S. 147 f.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 21 I, S. 200 f.

⁵⁵⁵ JöR 1 (1951), S. 48.

⁵⁵⁶ Vorschlag des Abgeordneten *Süsterhenn*: „Die Würde des Menschen ist begründet in ewigen, von Gott gegebenen Rechten.“ (Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949, Akten und Protokolle, Bd. 9, S. 185).

rung durchgesetzt.⁵⁵⁷ Gleichwohl muss der Begriff der Menschenwürde mit Leben gefüllt werden, so dass auf der Interpretationsebene die verschiedenen philosophisch-theologischen Ansätze ins Spiel kommen. Zu Recht wird angenommen, dass trotz der offenen Formulierung des Art. 1 Abs. 1 GG der Begriff der Menschenwürde nicht ohne einen metaphysischen Bezug auskommt.⁵⁵⁸ Hierfür spricht schon die herausgehobene Stellung, die Art. 1 Abs. 1 GG im Gefüge des GG einnimmt.⁵⁵⁹ Es handelt sich bei Art. 1 Abs. 1 GG um das oberste Konstitutionsprinzip des GG. Dass das GG für eine metaphysische Ebene offen ist, wird in der Präambel deutlich, die an die „Verantwortung vor Gott und den Menschen“ erinnert. Der überpositive Charakter des Art. 1 Abs. 1 GG wird durch Art. 1 Abs. 2 GG unterstrichen.⁵⁶⁰ Weitere Verfassungsbestimmungen konkretisieren diesen auf Gott weisenden Bezug (Art. 4, Art. 7 Abs. 3, Art. 56, Art. 64 Abs. 2 GG).⁵⁶¹ Aus einer systematischen Gesamtschau ergibt sich, dass Art. 1 Abs. 1 GG durchaus im Lichte christlicher Wertvorstellungen interpretiert werden kann.⁵⁶² Die biblische Vorstellung des Menschen als „Krone der Schöpfung“, als Gottes Ebenbild, hat das Selbstverständnis des Wertes des Menschen in unserem Kulturkreis in besonderer Weise geprägt.⁵⁶³ Ein metaphysischer Bezug des Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich aber auch durch die Naturrechtslehre herstellen, die davon ausgeht, dass es neben dem von Menschen gesetzten Recht ein überpositives (Natur-)Recht gibt.

⁵⁵⁷ Vgl. *Stern*, in: FS Scupin, S. 627 (631): „In dem Bekenntnis zur Menschenwürde fand man die Basis, mit der sich betont christlich fundierte Ansichten ebenso einverstanden erklären konnten wie eine religiös nicht gebundene personale Wertethik antiker oder humanistisch-aufklärerischer Philosophie.“; *Dreier*, in: *Dreier, GG-Kommentar*, Art. 1 Abs. 1, Rn. 24. Vgl. zum Streitstand um die geistesgeschichtliche Zuordnung der Menschenwürde *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 21 m. w. N.

⁵⁵⁸ *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (176; 205 f.); *Lorz*, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, S. 276.

⁵⁵⁹ Siehe unten 2. Teil B I 3 a) ee).

⁵⁶⁰ *Lorz*, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, S. 276.

⁵⁶¹ Vgl. hierzu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 7.

⁵⁶² Hierfür plädiert nachdrücklich z.B. *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (206).

⁵⁶³ *Hofmann*, *Der Staat* 37 (1998), S. 349 (351 f.).

bb) Definitionsvorschläge der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG

Eine zufrieden stellende Definition der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG ist bisher weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur geleistet worden.⁵⁶⁴ Grundsätzlich lassen sich zwei verschiedene Herangehensweisen charakterisieren: Teilweise wird versucht, die Menschenwürde *positiv* zu bestimmen. Derartige Begriffsbestimmungen sind zwangsläufig sehr abstrakt und bleiben somit selbst auslegungsbedürftig. Überwiegend wird deswegen von einer Definition im eigentlichen Sinne abgesehen und in *negativer* Formulierung aufgezählt, in welchen Fällen eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. Eine negative Definition kann wohl aber nur die Folge einer positiven Definition sein. Solange nicht bestimmt ist, was Menschenwürde ist, kann auch nicht bestimmt werden, ob deren Verletzung vorliegt. Daher können negative Begriffsannäherungen zwar eine Hilfe für die Gerichtspraxis sein, sie ersetzen jedoch keine positive Definition. Zutreffend schreibt *Petersen*: „Wer bestimmte Handlungen als würdeverletzend qualifizieren will, muss – um sich nicht dem Vorwurf der Beliebigkeit auszusetzen – auch eine positive Vorstellung dessen haben, was menschliche Würde ausmacht.“⁵⁶⁵

(1) Positive Definitionsansätze

Dürig hat in seinem grundlegenden und die weitere Diskussion prägenden Aufsatz „Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde“ im Anschluss an *Wintrich*⁵⁶⁶ definiert, welches Menschenbild („Seinsgegebenheit“) dem Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt: „Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten.“⁵⁶⁷ Hierin liegt keine Definition der Menschenwürde selbst, sondern eine Aussage zum Menschsein schlechthin und damit eine Auslegungsgrundlage für die „Würde des Menschen“.⁵⁶⁸ Der Begriff der

⁵⁶⁴ *Sachs*, Verfassungsrecht II, S.167; *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (78).

⁵⁶⁵ *Petersen*, KJ 2004, S. 316 (318).

⁵⁶⁶ *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, S. 15.

⁵⁶⁷ *Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117 (125).

⁵⁶⁸ A. A. *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 10 f., der hierin eine positive Definition der Menschenwürde sieht.

Menschenwürde ist mit dem zugrunde gelegten Menschenbild eng verknüpft. Die beiden Begriffe verhalten sich zueinander wie zwei Seiten einer Medaille. Die Menschenwürde kann nicht ohne ein bestimmtes Menschenbild gedacht werden. Denn die Definition der Menschenwürde wirft automatisch die Frage auf, *warum* dem Menschen Würde zukommt. Die Antwort hierauf kann aber nur in dem gefunden werden, was das Menschsein ausmacht. Positive Definitionsansätze basieren also jeweils auf einem bestimmten Menschenbild. Als Gegenpole stehen sich hier die sog. *Mitgifttheorie* sowie die sog. *Leistungstheorie* gegenüber.

(a) Mitgifttheorie

Nach der *Mitgifttheorie* kommt dem Menschen Würde kraft seines Menschseins zu.⁵⁶⁹ Die Würde ist dem Menschen also bereits von Anfang an *mitgegeben*. Am deutlichsten kommt diese Theorie in der christlichen *imago-dei-Lehre* zum Ausdruck. Hervorzuheben sind hier zwei Aspekte: *Erstens* leitet sich die Würde von Gott, dem Schöpfer, ab, also von einer dem Menschen übergeordneten Instanz. Dadurch lässt sich schlüssig erklären, warum die Menschenwürde für den Staat (und andere Menschen) *unantastbar* ist. Die Würde liegt nämlich außerhalb der Kompetenz des Menschen, ist somit seiner Verfügungsgewalt entzogen. *Zweitens* ist dem Menschen die Würde *verliehen* worden, und zwar ohne eigenes Zutun, ohne eigene Leistung. Damit kommt jedem Menschen dieselbe Würde zu, unabhängig von seinen geistigen Fähigkeiten, seinem körperlichen Zustand oder auch seiner Gesinnung.

Unter der Mitgifttheorie werden aber auch andere Strömungen erfasst.⁵⁷⁰ Wie bereits dargestellt, gab es auch für *Cicero* eine Würde unabhängig von der Leistung des Menschen. Auch die neuzeitliche *Naturrechtslehre* ging grundsätzlich von der Gleichheit der Menschen aus und impliziert somit auch eine gleiche Würde. Auch werden die Ausführungen Kants zur Menschenwürde der Mitgifttheorie zugeordnet.

Eine positive Definition der Menschenwürde im Sinne der Mitgifttheorie bestimmt den „Begriffskern“ der Menschenwürde als „Eigenwert, der dem Menschen um seiner selbst und nicht um anderer Güter und

⁵⁶⁹ Vgl. zur Mitgifttheorie: *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 55; *Hofmann*, AöR 118 (1993), S. 353 (357 f.); *Vitzthum*, JZ 1985, S. 201 (205 f.).

⁵⁷⁰ Vgl. *Dreier*, ebd., Art. 1 Abs. 1, Rn. 55.

Zwecke willen zukommt und der mit dem Anspruch verbunden ist, in der Fähigkeit zu moralischer Selbstbestimmung geachtet und nicht als bloßes Mittel zu einem Zweck gebraucht zu werden“.⁵⁷¹ Die Menschenwürde wird auch positiv beschrieben als „Ausdruck des personalen Selbstseins des Menschen und seiner Eigenwertigkeit“.⁵⁷²

Jüngst hat auch *Nettesheim* eine Definition der Menschenwürde vorgestellt, die am ehesten unter die Mitgifttheorie einzuordnen ist. Die Würde des Menschen ist nach ihm „Ausdruck seiner einzigartigen und besonderen Befähigung, sich zur Person zu entwickeln und als Person zu sein“. Erklärend fährt er fort: „Die Bestimmung, Personalität zu haben, kommt jedem menschlichen Lebewesen zu. Nicht die entwickelte Persönlichkeit oder der Inhalt der Persönlichkeit, sondern der Umstand, daß der Mensch seiner seinsmäßigen Anlage nach ‚Person‘ ist, verschafft ihm seine Würde.“ Würde komme danach jedem geborenen Menschen zu, auch „Menschen, die die Fähigkeit vernünftiger Selbstbestimmung niemals haben werden“. Eine Begründung allerdings für die menschliche Würde auch bei schwerst geistig Behinderten ist für *Nettesheim*, der sich gegen metaphysische Bezüge verwahrt, nur schwer zu finden. Vage formuliert er, dass die Begründung hierfür vom jeweiligen Ansatz abhängt und verweist als ersten Grund auf jüdisch-christliche Wurzeln. „Auch sie sind – aus religiöser Sicht – Geschöpfe Gottes.“ Um auch einen *nicht metaphysischen* Grund anführen zu können, bezieht sich *Nettesheim* darauf, dass jeder gesunde Mensch durch einen Unfall zum Schwerstbehinderten werden und es nicht in seinem Interesse liegen könne, seine Würde hierdurch zu verlieren. Eine solche Begründung spricht letztlich den Behinderten eine Würde-Qualität nur zu, weil dies im Interesse der Nicht-Behinderten liegt und nicht, weil auch Behinderte an sich diese Würde besitzen. Ebenso diskriminierend und ethisch fragwürdig ist die dritte Begründung *Nettesheims*, die als Argument für die Menschenwürde Aller allein auf den praktischen Gesichtspunkt abstellt, dass eine Grenzziehung zwischen menschlichen Würdeträgern und Nicht-Würdeträgern derartig große Probleme mit sich bringen würde, dass ein Verzicht sinnvoller sei.⁵⁷³ Den Grund für die Zuschreibung der Menschenwürde sieht er nicht in etwaigen philo-

⁵⁷¹ *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 21 II 2, S. 202.

⁵⁷² *Stern*, in: FS Scupin, S. 627 (636); siehe weiter auch *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (214 ff.), der die Menschenwürde durch eine thesenhafte Aufzählung charakterisiert hat.

⁵⁷³ *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (93 f.).

sophischen oder religiösen Erkenntnissen, sondern in einer „Zuschreibung, die die Menschen untereinander auf dem Hintergrund bestimmter, empirisch nachweisbarer Eigenschaften vornehmen“. In sich widersprüchlich fährt er fort, *Hofmann* beizupflichten, der Würde gerade nicht als Eigenschaft einer Person versteht, sondern als ein Versprechen der Menschen untereinander.⁵⁷⁴ Ohne zu klären, ob es sich nun um die empirisch nachgewiesene Eigenschaft oder um den Inhalt des (fiktiven) Versprechens handelt, führt *Nettesheim* als den wahren Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG an, dass dem Menschen Würde zugeschrieben werde, „weil er sich als ein autonomes, zur Selbstbestimmung fähiges Wesen begreifen kann“.⁵⁷⁵ Hieran knüpft sich automatisch die Frage, weshalb unter diesen Umständen auch Menschen, die nicht selbstbestimmt leben können, Würde zukommen kann. Dies begründet *Nettesheim* – ähnlich wie Kant – mit der Gattungszugehörigkeit des Menschen, die sich vor allem durch ihr Moralvermögen auszeichne.⁵⁷⁶

Praktische Bedeutung hat die Mitgifttheorie durch die Rechtsprechung erfahren. Das BVerfG verknüpft die Menschenwürde nämlich mit dem „sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen“, der dem Menschen aufgrund seines Menschseins („als Gattungswesen“) gebühre, und zwar unabhängig von seiner Leistung.⁵⁷⁷ Das BVerfG ermahnt, dass der Mensch nicht „gedemütigt“, sein Wille nicht „gebrochen“ werden solle.⁵⁷⁸ Auch der BayVerfGH definiert die Menschenwürde im Sinne der Mitgifttheorie: „Der Mensch als Person ist Träger höchster geistiger und sittlicher Werte und verkörpert einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch gegenüber jedem Anspruch der Gemeinschaft, insbesondere gegenüber allen politischen und rechtlichen Zugriffen des Staates und der Gesellschaft, eigenständig und unantastbar ist. Würde

⁵⁷⁴ *Nettesheim*, ebd., S. 71 (91 f.); *Hofmann*, AöR 1993, S. 353 (369 ff.).

⁵⁷⁵ *Nettesheim*, ebd., S. 71 (93); siehe auch S. 98: „Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG beinhaltet die Pflicht, das zu hegen und zu schützen, was hinter der Zuschreibung von Menschenwürde steht: die Anlage und Bestimmung des Menschen zur vernünftigen Selbstbestimmung.“

⁵⁷⁶ *Nettesheim*, ebd., S. 71 (94). Eine solche Begründung ist jedoch zweifelhaft für eine These, die das Metaphysische ausklammert, weil gerade das Gewissen als Quelle des Moralvermögens dem metaphysischen Bereich im weiteren Sinne zugeordnet werden muss.

⁵⁷⁷ BVerfGE 87, 209 (228). Vgl. auch die Entscheidung zum Großen Lauschangriff, BVerfGE 109, 279 (313) „... Achtung des Wertes ... der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt.“

⁵⁷⁸ BVerfGE 28, 1 (10).

der Person ist dieser innere und zugleich soziale Wert und Achtungsanspruch, der dem Menschen um seineswillen zukommt.“⁵⁷⁹

(b) Leistungstheorie

Nach der von *Luhmann* entwickelten *Leistungstheorie* ist dem Menschen die Würde nicht automatisch mitgegeben.⁵⁸⁰ Sie sei nicht „Naturausstattung“, die jeder Mensch aufgrund seines Menschseins besitze. Vielmehr müsse sich der Einzelne die Würde erst durch eine gelungene Identitätsbildung erwerben.⁵⁸¹ „... Selbstdarstellung ist jener Vorgang, der den Menschen in Kommunikation mit anderen zur Person werden läßt und ihn damit in seiner Menschlichkeit konstituiert.“⁵⁸² Könne sich jemand nicht erfolgreich selbst darstellen, so habe er auch keine Würde und könne nicht mehr mit anderen in Kommunikation treten. Diese von *Luhmann* entwickelte Theorie erfährt im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vornehmlich Kritik.⁵⁸³ Problematisch ist vor allem, dass die Würde nicht jedem gleichermaßen zukommt, sondern leistungsabhängig ist und somit auch verfehlt werden kann.⁵⁸⁴ Es besteht überwiegend Übereinstimmung darin, dass diese Theorie nicht dem Menschenbild entspricht, das dem Art. 1 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Ist Würde leistungsabhängig, folgt daraus, dass es unterschiedlich wertvolle Menschen gibt. Eine Abwägung von „Leben gegen Leben“ erscheint möglich, wenn es höherwertiges und geringwertigeres Menschenleben gibt. Nach der Leistungstheorie müsste der absolute Charakter des Art. 1 GG einer Relativität weichen, da nicht mehr der Mensch an sich in seinem Kern geschützt würde, sondern nur noch seine Leistung, die in einer gelungenen Persönlichkeitsbildung besteht.⁵⁸⁵ Hier liegt ein Ein-

⁵⁷⁹ BayVfGH 8, 52 (57).

⁵⁸⁰ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 68.

⁵⁸¹ *Luhmann*, ebd., S. 53 ff., 61, 68 ff.

⁵⁸² *Luhmann*, ebd., S. 69.

⁵⁸³ *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. I, § 20, Rn. 44, S. 815 (838); *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (92); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 356; teils zustimmend: *Podlech*, in: AK-GG, Art. 1, Rn. 11, 14 (Fn. 19); *Hofmann*, AöR 118 (1993), S. 353 (362 f.).

⁵⁸⁴ Vgl. *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. I, § 20, Rn. 39, S. 815 (836).

⁵⁸⁵ *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (92), weist darauf hin, dass mit Identitätsbildung die „Formation einer Persönlichkeit“ gemeint ist.

bruchstor für die Argumentation, dass diese oder jene Menschengruppe ihre Persönlichkeitsbildung nicht erfolgreich abgeschlossen hätte und damit aus dem Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG herausfielen. Die Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG, auch nach einer bestimmten Ideologie oder Auffassung menschenunwertes Leben zu schützen (vgl. im Nationalsozialismus die Herabwürdigung geistig Behinderter), wäre unter der Luhmannschen Prämisse nicht gewährleistet.

(c) Kommunikationstheorie

Nach einem neueren Ansatz wird Würde als *Kommunikationsbegriff* aufgefasst. Würde ist für *Hofmann* der Ausdruck gegenseitiger sozialer Anerkennung in einer Gesellschaft.⁵⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 GG schütze vor allem die mitmenschliche Solidarität.⁵⁸⁷ „Würde meint in dieser Solidargemeinschaft gegenseitiger Anerkennung zum Zwecke gemeinsamen politischen Lebens allerdings mehr als bloß wechselseitige Achtung des Lebens, der Unverletzlichkeit und der Freiheit im negativen Sinne gegenseitiger Ungestörtheit. Würde bedeutet gegenseitige Anerkennung des anderen in seiner Eigenart und individuellen Besonderheit mit allem, was er als Teil des Ganzen einbringt.“⁵⁸⁸ Die Menschenwürde sei zu achten, weil die Menschen einer Staatsgemeinschaft eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen hätten.

Zutreffend ist, dass es beim *Schutz* der menschlichen Würde um einen „sozialen Wert- und Achtungsanspruch“ geht. Während nach dem BVerfG jedoch die Würde selbst über diesen Achtungsanspruch hinausgeht,⁵⁸⁹ ist dies nach der Kommunikationstheorie gerade nicht der Fall. Problematisch an der Kommunikationstheorie ist also, dass hier nach die Menschenwürde keine „absolute Größe“ mehr bildet, sondern letztlich von der Vereinbarung der Gesellschaft abhängt. Die Menschenwürde ist damit Spielball der Gesellschaft, die über ihre Anerkennung verfügt. Entzieht man der Menschenwürde jede metaphysische Ebene und jede von der Natur des Menschen abgeleitete Eigenheit, so gibt es keinen – außerrechtlichen – Grund mehr für ihre besondere Anerkennung.

⁵⁸⁶ *Hofmann*, AöR (1993), S. 353 (364, 377).

⁵⁸⁷ *Hofmann*, ebd., S. 353 (364).

⁵⁸⁸ *Hofmann*, ebd., S. 353 (370).

⁵⁸⁹ So vom BVerfG immer wieder betont, vgl. nur BVerfGE 109, 133 (150).

(d) Zusammenfassende Bewertung der positiven Definitionsansätze

Bei der Suche nach einer positiven Definition der Menschenwürde liefert nach wie vor die *Mitgifttheorie* den überzeugendsten Ansatz. Nur mit ihr lässt sich plausibel vermitteln, dass *jedem* Menschen Menschenwürde zukommt. „Würde“ ist ein Wert, der dem Menschen *verliehen* wurde, also ein Wert, der nicht durch den Menschen selbst gemacht worden ist. Alles, was Menschen selbst herstellen können, steht nämlich letztlich auch zu ihrer Disposition. Nur Werte, die über das Menschliche hinausgehen, haben einen „sakralen“, und damit unantastbaren Charakter. Der Mensch kann seine Würde nicht nur deshalb in Anspruch nehmen, weil er ein besonders hoch entwickeltes Lebewesen ist. Wenn es Dinge wie Intelligenz oder besondere Fähigkeiten sind, die den Menschen als Menschen ausmachen und ihn von der Ebene des Tieres abheben, so dürften diejenigen nicht als Menschen gelten, die über dieses Potenzial nicht verfügen. Die *Leistungstheorie* geht dagegen davon aus, dass der Mensch sich Würde erst durch Leistung erwerben müsse, mithin diese auch verfehlen kann. Würde als *Kommunikationsbegriff* impliziert ebenfalls, dass sich der Einzelne in die Gesellschaft einbringt, in ihr agiert und kommuniziert, zielt somit in letzter Konsequenz auch auf eine Art Leistung ab.

Insgesamt bleiben positive Definitionsansätze jedoch zu offen, als dass eine Subsumtion dessen, was Menschenwürde ist, im Einzelfall dadurch maßgeblich erleichtert würde. Außerdem besteht kein ausdrücklicher Konsens hinsichtlich eines bestimmten Definitionsansatzes, der für Art. 1 Abs. 1 GG verbindlich wäre, so dass im Folgenden die negativen Definitionsansätze anzusprechen sind.

(2) Entwicklung der Objektformel

Eine herausragende Stellung hat die sog. „Objektformel“ erlangt. Schon Wintrich formulierte in Anlehnung an Kant: „Da die Gemeinschaft sich aus freien eigenständigen Personen aufbaut, ... muß aber der Mensch auch in der Gemeinschaft und ihrer Rechtsordnung immer ‚Zweck an sich selbst‘ (Kant) bleiben, darf er nie zum bloßen Mittel eines Kollektivs, zum bloßen Werkzeug oder zum rechtlosen Objekt eines Verfahrens herabgewürdigt werden.“⁵⁹⁰ Dürig griff diesen Gedanken auf, indem er ausführte: „Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertret-

⁵⁹⁰ Wintrich, in: FS Laforet, S. 227 (235 f.).

baren Größe herabgewürdigt wird.“⁵⁹¹ Das BVerfG sieht im Anschluss an *Dürig* in seiner ständigen Rechtsprechung eine Verletzung der Menschenwürde darin, wenn der Mensch „zum bloßen Objekt des Staates“ gemacht wird.⁵⁹²

Wann aber wird der Mensch zum „bloßen Objekt“ degradiert? Die Beantwortung dieser Frage fällt schwer, da die Objektformel wenig konkret und daher ihrerseits auslegungsbedürftig bleibt.⁵⁹³ Überdies wird der Mensch durch das Recht des Öfteren im weiteren Sinne zum Objekt gemacht, so dass fraglich ist, welche Umstände hinzutreten müssen, damit von einer menschenunwürdigen Degradierung zum Objekt gesprochen werden kann.⁵⁹⁴ Das BVerfG hat sich um Konkretisierung der Objektformel bemüht und eine Reihe zusätzlicher Kriterien entwickelt, die näher bestimmen, was die besondere Situation einer Menschenwürdeverletzung ausmacht.

(a) Antastung der Subjektqualität

Nach dem BVerfG reicht es nicht aus, dass der Betroffene nur *Adressat* von staatlichen Maßnahmen im Zuge der Strafverfolgung wird, sondern vielmehr müsse hinzutreten, dass „die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird“. Dies liege vor „wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt“.⁵⁹⁵ In der StPO wird dem Beschuldigten mitunter die Rolle eines Verfahrens„objektes“ ausdrücklich zugemutet, indem er beispielsweise – als Beweismittel – körperliche Untersuchungen an sich dulden muss (§ 81 a StPO)

⁵⁹¹ *Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117 (127).

⁵⁹² Ständige Rechtsprechung, siehe BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 30, 1 (25 f. und vor allem die abweichende Meinung 33, 40); 45, 187 (228); 50, 166 (175); 50, 205 (215); 57, 250 (275), 72, 105 (116); 87, 209 (228); 96, 375 (400); 109, 133 (149 f.); 109, 279 (312).

⁵⁹³ *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 53.

⁵⁹⁴ BVerfGE 30, 1 (25 f.): „Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muß. Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden.“

⁵⁹⁵ BVerfGE 109, 279 (313).

oder auch gegen seinen Willen über einen Zeitraum von bis zu sechs Wochen in einem psychiatrischen Krankenhaus beobachtet werden darf (§ 81 StPO).⁵⁹⁶ Es zeigt sich, dass der Bereich zwischen zulässiger Objektstellung und unzulässiger Verletzung der Subjektqualität weit und unbestimmt ist.

(b) Spannungsverhältnis Individuum-Gemeinschaft

Zur näheren Konkretisierung der Menschenwürde hat das BVerfG die Objektformel eingebettet in das dem GG zugrunde liegende Menschenbild.⁵⁹⁷ Danach ist der Mensch nicht nur Individuum, sondern auch Gemeinschaftswesen.⁵⁹⁸ Schon 1954 formulierte das BVerfG: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG.“⁵⁹⁹ In diesem Urteil werden wieder unverkennbar die Spuren *Dürigs* sichtbar, der bereits 1952 ausführlich darlegte, dass der Mensch nach dem GG weder zum „Objekt des Kollektivs“ degradiert werden, noch sich zu einem autonomen Individuum abschotten dürfe.⁶⁰⁰ Dieses Spannungsverhältnis von Individualrechten und Gemeinschaftsbezogenheit des Einzelnen greift das BVerfG auch in seinem jüngeren Urteil zur Sicherungsverwahrung wieder auf: „Vor diesem Menschenbild ist die Sicherungsverwahrung auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar. Hierdurch wird der Betroffene nicht zum Objekt staatlichen Handelns; er wird nicht zu einem bloßen Mittel oder zu einer vertretbaren Sache herabgewürdigt.“⁶⁰¹ Die Gemeinschaftsbezogen-

⁵⁹⁶ *Krack*, NStZ 2002, S. 120 (121); *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 (322); *Neumann*, in: FS Wolff, S. 373 (384).

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie *Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, S. 5 ff.

⁵⁹⁸ BVerfGE 4, 7 (15 f.); 33, 303 (334); 50, 166 (175).

⁵⁹⁹ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

⁶⁰⁰ *Dürig*, JR 1952, S. 259.

⁶⁰¹ BVerfGE 109, 133 (151 f.).

heit darf nach dem BVerfG dabei nicht so weit gehen, dass die „Subjektqualität prinzipiell in Frage“ gestellt wird.⁶⁰²

In eben jenem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Individuums und dem Interesse der Gemeinschaft liegt die besondere Problematik, die die Diskussion um die Menschenwürde – und schließlich auch die um das Folterverbot – ausmacht. Der erwähnte § 81 a StPO stellt beispielsweise einen Kompromiss zwischen dem öffentlichen Interesse und dem Individualinteresse dar: Im Dienste des Strafverfolgungsinteresses darf der Körper des Beschuldigten zum Augenscheins“objekt“ gemacht werden. Allerdings muss die Untersuchung unerlässlich und in Anbetracht des Tatvorwurfs verhältnismäßig sein.⁶⁰³ Im vorerwähnten Urteil zur Sicherungsverwahrung erklärte das BVerfG die Unbestimmtheit hinsichtlich der Länge der Freiheitsentziehung in Anbetracht des gesteigerten Gemeinschaftsinteresses für rechtmäßig, solange die konkreten Umstände der Sicherungsverwahrung nicht die Menschenwürde verletzen. Beim großen Lauschangriff würdigte das Gericht zwar die Notwendigkeit eines geschützten Wohnraumes als Ort des persönlichen und intimen Rückzugs. Allerdings sah es sich im Zuge der Verbrechensbekämpfung genötigt, nicht die generelle Unzulässigkeit der Wohnraumabhörung festzuschreiben und gestattete die Abhörung, sofern im Rahmen einer Prognose davon auszugehen ist, dass das abzuhörende Gespräch nicht den intimsten Bereich betrifft.⁶⁰⁴

Die erhebliche Schwierigkeit, das Individuum als eigene Persönlichkeit und zugleich als Teil der Gemeinschaft zu würdigen, hat in der Rechtsprechung des BVerfG dazu geführt, dass der Schutzbereich der Menschenwürde immer nur im einzelnen Fall mit Blick auf die Gemeinschaftsauswirkungen konkretisiert wird. Exemplarisch sei dies am Urteil zur Sicherungsverwahrung gezeigt. Dort heißt es: „Die Menschenwürde wird auch durch eine langdauernde Unterbringung nicht verletzt, wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist.“⁶⁰⁵ Hier wird also offensichtlich im Rahmen der Definition eine Abwägung zwischen der Menschenwürde des Täters und den berechtigten Sicherheitsinteressen der Gemeinschaft vorgenommen. Diese Rechtsprechung fällt keineswegs aus dem Rah-

⁶⁰² BVerfGE 30, 1 (26); 50, 166 (175); siehe auch BVerfGE 109, 133 (151).

⁶⁰³ Vgl. *Lemke*, in: Heidelberger Kommentar, § 81 a StPO, Rn. 1.

⁶⁰⁴ kritisch hierzu: *Petersen*, KJ 2004, S. 316 (324).

⁶⁰⁵ BVerfGE 109, 133 (151).

men, wenngleich das BVerfG stetig betont, dass die Menschenwürde nicht einschränkbar sei.⁶⁰⁶

(c) Subjektive Komponente

Das BVerfG hat in seiner „Abhör-Entscheidung“ eine umstrittene Einschränkung der Objektformel vorgenommen: „Hinzukommen muß, daß er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder daß *in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Mißachtung der Würde des Menschen* liegt. Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht, muß also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, *Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine ‚verächtliche Behandlung‘* sein.“⁶⁰⁷

Neben der Feststellung, dass nicht abstrakt bestimmt werden könne, wann eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt, sondern dass sich dies nur im Einzelfall beurteilen lasse, hat diese Entscheidung besondere Bedeutung vor allem deswegen erlangt, weil das Gericht hier zusätzlich zur Objektformel eine subjektive Komponente als notwendig erachtet hat. Teilweise geht auch das Schrifttum von der Notwendigkeit einer subjektiven Komponente aus,⁶⁰⁸ die überwiegende Literatur lehnt jedoch dieses zusätzliche Erfordernis zu Recht als nicht adäquat ab.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Vgl. zur Problematik der „versteckten Abwägung“ Stemmler, Das „Neminem-laedere-Gebot“, S. 212 f.: „Diese absolute Linie verfolgt das BVerfG aber nicht durchgehend. Es gibt zahlreiche Entscheidungen, in der die Menschenwürde als abwägungsfähig behandelt wird, dogmatisch also auf einer außentheoretischen Konzeption basiert. Abwägungen werden dabei zumeist nicht im Zusammenhang mit einer etwaigen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Menschenwürde vorgenommen, sie erfolgen vielmehr (versteckt) bei der Frage, ob im konkreten Einzelfall die Menschenwürde verletzt wird.“; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 95 ff.; Borowski, Grundrechte als Prinzipien, S. 216 ff.; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 84 f.; Petersen, KJ 2004, S. 316 (324).

⁶⁰⁷ BVerfGE 30, 1 (26) (Herv. v. Verf.).

⁶⁰⁸ V. Münch, Staatsrecht II, Rn. 299 ff.; ders., JuS 1997, S. 248 (250); ders., in: FS Rauschning, S. 27 (33); Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 21 II 3 a, S. 204.

⁶⁰⁹ Höfling, JuS 1995, S. 857 (860); ders., in: Sachs, Art. 1, Rn. 15; Jahn, KritV 2004, S. 24 (46); ders., Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 544; Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 24; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 360; Ged-

Auch das BVerfG selbst scheint inzwischen von dem Erfordernis einer subjektiven Komponente abgerückt zu sein.⁶¹⁰ Zutreffend ist es, davon auszugehen, dass die Menschenwürde auch verletzt werden kann, wenn dies nicht aus willkürlicher Missachtung geschieht. Wenn nämlich eine gute – willkürfreie – Absicht dazu führen würde, dass keine Würdeverletzung vorliegt, dann wäre beispielsweise die Inquisitionsfolter (Ausageerpressung durch Zwang) in den meisten Fällen keine Verletzung der Menschenwürde gewesen, da es dem die Folter anordnenden Richter nicht um die Erniedrigung des Menschen, sondern nur um die Wahrheitsermittlung ging. Ist also die Menschenwürde angetastet, so vermag auch eine integere Absicht die Würdeverletzung nicht zu heilen. Liegt dagegen bereits objektiv keine Würdeverletzung vor, so kann die bloße Intention, den anderen in seiner Würde herabzusetzen, keine objektive Menschenrechtsverletzung begründen.⁶¹¹

(d) Wert der Objektformel

Zu Recht wird die Forderung von *Kant*, den Menschen „niemals bloß als Mittel“, vielmehr „jederzeit zugleich als Zweck“ an sich selbst zu achten,⁶¹² schon von *Schopenhauer* kritisiert.⁶¹³ Die Aussage ist nämlich

dert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 45 ff.; *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 53 m. w. N.

⁶¹⁰ BVerfGE 45, 187 (228); 50, 166 (175); 57, 250 (275); 63, 332 (337); 69, 1 (34); siehe *Höfling*, JuS 1995, 857 (860) und *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 24. Siehe aber auch BVerfGE 109, 279 (312 f.), die jedenfalls missverständlich formuliert ist. Danach wird die Menschenwürde verletzt, „wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt“. Wohl aber objektiv gemeint, da es weiter heißt: „Solche Maßnahmen dürfen auch nicht im Interesse der Effektivität der Strafrechtspflege und der Wahrheitserforschung vorgenommen werden.“

⁶¹¹ *Höfling*, JuS 1995, S. 857 (860); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 24.

⁶¹² *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Zweiter Abschnitt, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. IV, S. 438.

⁶¹³ *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung I, Ausgabe Hübscher, Arthur Schopenhauer, Sämtliche Werke, Bd. 2, S. 412: „... ist es ein höchst vager, unbestimmter, seine Absicht ganz indirekt erreichender Ausspruch, der für jeden Fall seiner Anwendung erst besonderer Erklärung, Bestimmung und Modifikation bedarf, so allgemein genommen aber ungenügend, wenig sagend und noch dazu problematisch ist.“

viel zu unbestimmt, als dass sie konstruktiv weiterhilft. Der dahinter stehende moralische Anspruch ist zwar anzuerkennen, wird aber ständig missachtet und ist somit für die Auslegung des Begriffs der Menschenwürde unter Vorsicht heranzuziehen.⁶¹⁴ Menschen gebrauchen andere Menschen des Öfteren nur für ihren Eigennutz, nur als Mittel, um selbst etwas zu erreichen. *Hoerster* verdeutlicht die Problematik durch ein von ihm gebildetes Beispiel eines Taxifahrers, der „als Mittel“ von seinem Fahrgast benutzt wird, um an den gewünschten Ort befördert zu werden.⁶¹⁵ Man könnte – wie *Hoerster* ausführt – zwar argumentieren, dass der Fahrer nicht „nur“ als Mittel gebraucht wird, weil er selbst durchaus ein Interesse am Verdienst durch die Fahrt habe. Jedoch dürfte es dem Fahrgast ziemlich gleichgültig sein, ob ihn ein Mensch oder eine Maschine an den anvisierten Ort befördert. Der Mensch wird also – aus der Sicht des Fahrgastes – als Sache, als bloßes Mittel gebraucht. Zusammenfassend ergibt sich, dass der moralische Anspruch von Kant zum einen nicht klar definiert ist (wann gebrauche ich jemanden nur als Mittel?), zum anderen derartig hoch ist, dass er für die Auslegung der Menschenwürde im Sinne des GG dringend der Konkretisierung und Einschränkung bedarf.

Aus diesem Grunde ist der Wert der aus dem kantischen Ausspruch geborenen Objektformel umstritten. *Herzberg* bezeichnet die Objektformel als „Phrase“ und „leere Redensart“, „die zur Begründung seines Urteils zu verwenden der Jurist sich schämen sollte“.⁶¹⁶ *Häberle* sieht in der Objektformel dagegen den noch immer „überzeugendste[n] Ansatz zur Umschreibung des Menschenwürdeprinzips in Art. 1 Abs. 1 GG“.⁶¹⁷ *Herdegen* würdigt die Objektformel – trotz ihrer Schwächen – als „Versuch einer Deutung der Würdeverletzung“, die „in ihrem Vollständigkeitsanspruch von keinem überlegenen Interpretationsansatz verdrängt worden“ ist,⁶¹⁸ bewertet sie aber insgesamt als zwar „den Blick leitende, aber für das abschließende Verletzungsverdikt letztlich nicht mehr tragende Orientierungshilfe“.⁶¹⁹

⁶¹⁴ Auch *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 13, warnt davor, die Auslegung von Art. 1 GG zu eng an Kants Schriften vorzunehmen.

⁶¹⁵ *Hoerster*, JuS 1983, S. 93 (94).

⁶¹⁶ *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 (324).

⁶¹⁷ *Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR*, Bd. I, § 20, Rn. 43, S. 815 (838).

⁶¹⁸ *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. 1, Rn. 33.

⁶¹⁹ *Herdegen*, ebd., Art. 1 Abs. 1, Rn. 35.

(3) Fallgruppentechnik

Dürig selbst hat die Objektformel nicht abstrakt stehen lassen, sondern beispielhaft erläutert, in welchen Fällen diese einschlägig ist: Bei Massenaustreibung und Genozid, Angriffen auf die „ureigenste Intimsphäre“, dem (Nicht)Vorhandensein des Existenzminimums und auch bestimmten Vernehmungsmethoden im Strafverfahren.⁶²⁰ Als Schulfall bezeichnet *Dürig* die Wahrheitsermittlung durch physischen Zwang (z. B. chemische oder psychotechnische Mittel), „die den Menschen in den Zustand ausgeschlossener oder beeinträchtigter Willensfreiheit versetzen und ihn als ‚Registrieremaschine‘ seiner Wahrnehmungen verwenden“. ⁶²¹ Bei den von *Dürig* soweit aufgezählten Beispielen, ganz besonders auch bei der im letzten Punkt angesprochenen Folter, handelt es sich nach einhelliger Meinung um Fälle, bei denen eine Verletzung der Menschenwürde anzunehmen ist.⁶²² Auch in weiteren Fällen herrscht grundsätzliche Einigkeit über den Anwendungsbereich der Menschenwürde: Prinzipielles Recht auf Gleichbehandlung, informationelle Selbstbestimmung sowie generell den auch von *Dürig* schon angesprochenen Bereich der körperlichen und seelischen Integrität und Identität.⁶²³ Dogmatisch gesehen geht es bei der Umschreibung, in welchen Fällen die Menschenwürde verletzt ist, nicht mehr um die Definition des Schutzbereiches, sondern um die Frage, wann ein *Ein-griff* in den Schutzbereich vorliegt.⁶²⁴ Diese Vorgehensweise wird damit gerechtfertigt, dass durch sie die „Gefahr einer statischen, die wechsell-

⁶²⁰ *Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117 (127 ff.).

⁶²¹ *Dürig*, ebd., S. 117 (128).

⁶²² Vgl. insbesondere zur Folter unten 2. Teil I 3 b) aa).

⁶²³ *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 58 ff.; *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (337); *Hofmann*, AöR (1993), S. 353 (363); ausführliche Übersicht bei *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 36; siehe auch *Vitzthum*, JZ 1985, S. 201 (204). Schwieriger wird es dagegen, wenn *Dürig* auch die künstliche Insemination als gegen die Menschenwürde verstößend anführt. Gerade im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, der Pränatal- und Präimplantationsdiagnostik sowie der embryonalen Stammzellenforschung hat sich ein weites Meinungsbild dazu entwickelt, wann und ob überhaupt eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt. (Überblick bei *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 77 ff.). Dass die Meinungen in dieser aktuellen Debatte so weit auseinander gehen, hängt vor allem damit zusammen, dass ein gesellschaftlicher Wertekonsens immer weniger existiert.

⁶²⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 358.

den Bedrohungen der Menschenwürde verfehlenden Definition“ vermieden werde.⁶²⁵

Für die Rechtspraxis war die Entwicklung von Fallgruppen, in denen die Menschenwürde als verletzt gilt, unerlässlich.⁶²⁶ Das BVerfG hat mit seiner Rechtsprechung erheblich dazu beigetragen, dem Art. 1 Abs. 1 GG „rechtliche Wirksamkeit“ zu verschaffen. Die Akzeptanz und Tragweite dieser Entscheidungen wird auch dadurch sichtbar, dass die Literatur diese dankbar aufgegriffen hat und sich überwiegend an ihnen orientiert. Damit die Menschenwürde nicht inhaltsleer wird und ganz beliebig ausgelegt werden kann, bedarf es jedoch zusätzlich einer *positiven Vorstellung* dessen, was Menschenwürde ausmacht. Ansonsten könnte jedes Regime die Menschenwürde auslegen, wie es wollte. Im Dritten Reich hätte dann der Schutz der Menschenwürde beispielsweise den Schutz der Arier bedeutet (weil anderen Menschenrassen schon gar keine Menschenwürde zugebilligt worden wäre). Überdies findet die Fallgruppentechnik dort ihre Grenze, wo es um die Bewertung neuartiger Sachverhalte geht (so bei der aufgetretenen Bioethikdiskussion).⁶²⁷

(4) Dynamische Auslegung des Begriffs der Menschenwürde

Umstritten ist, ob der Begriff der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG entwicklungs offen oder statisch ist. Diese Diskussion ähnelt der bereits unter dem Begriff der Folter angesprochenen Frage, inwieweit die Einschätzung dessen, was Folter ist, dem Zeitgeist unterworfen ist.⁶²⁸ Wie gesehen, urteilte der EGMR in den Fällen *Tyrer* und *Selmouni*, dass die EMRK dynamisch auszulegen sei und sich somit die Beurteilung dessen, was eine Folterhandlung ausmacht, ändern kann. Ähnlich ist auch das BVerfG der Auffassung, dass der Menschenwürdeschutz nach Art. 1 Abs. 1 GG einer Entwicklung unterworfen sei. „Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie [d. i. die Menschenwürde] zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen ... Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht,

⁶²⁵ Vitzthum, JZ 1985, S. 201 (202).

⁶²⁶ BVerfGE 109, 279 (311 f.): Konkretisierung der Menschenwürde durch Fallgruppen. „Dabei wird der Begriff der Menschenwürde häufig vom Verletzungsvorgang her beschrieben.“ Es folgt ein grober Überblick über diese Entwicklung der Rechtsprechung.

⁶²⁷ Vgl. auch Nettesheim, AöR 130 (2005), S. 71 (79), der darauf hinweist, dass bei neuen Kategorien eine Fallgruppentechnik wenig hilfreich ist.

⁶²⁸ Siehe oben 1. Teil A I 2 d) aa) (1).

kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.“⁶²⁹ In einer neueren Entscheidung bestätigte das BVerfG seine Rechtsprechung und führte aus, dass das, was die Achtung der Menschenwürde erfordere, nicht losgelöst von den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen betrachtet werden könne.⁶³⁰ Dies bedarf jedoch näherer Betrachtung. Das Gericht spricht – zutreffend – davon, dass sich die *Erkenntnis* dessen, was die Menschenwürde ausmacht, wandeln könne. Es sagt also nicht, dass der Begriff der Menschenwürde selbst wandelbar sei. Dies ist ein feiner, aber zentraler Unterschied. Der materielle Gehalt der Menschenwürde kann sich nämlich tatsächlich nicht ändern. Die Würde des Menschen ist etwas, das notwendigerweise über alle Zeiten gleich bleibt, weil sich die Menschenwürde auf das Menschsein an sich gründet. So geht das Naturrecht – das christliche wie auch später das vom Christentum losgelöste – von unwandelbaren Fakten aus. Ebenso ist nach *Kant* der Inhalt der Menschenwürde nicht dem Zeitgeist unterworfen. Der Menschenwürdebegriff nach *Kant* stützt sich nämlich nicht auf empirische Studien, sondern auf eine *a priori* Überlegung, auf die (sittliche) Autonomie des Menschen.⁶³¹ Kann sich also der Inhalt der Menschenwürde nicht ändern, so kann dennoch die Erkenntnis dessen, was zur Menschenwürde zählt und was sie verletzt, Änderungen unterworfen sein. Gerade psychologische und medizinische Erkenntnisse tragen dazu bei, dass der Mensch und was ihn ausmacht, mehr und mehr erforscht wird. Wurden früher beispielsweise die Auswirkungen auf die Psyche des Menschen unterschätzt, so weiß man heute, dass psychische Krankheiten (z. B. infolge eines Schocks) mitunter viel tragischer das Leben eines Opfers beeinflussen können als körperliche Schmerzen.

Im Schrifttum wird das Problem der dynamischen Auslegung der Menschenwürde vernachlässigt. Soweit eine Auseinandersetzung mit diesem Problemkreis erfolgt, geht die überwiegende Lehre davon aus, dass der Begriff der Menschenwürde vom Zeitgeist abhängig sei. So ist v. *Münch* der Ansicht, dass der Begriff der Menschenwürde nicht objektiv bestimmbar sei, sondern von den besonderen Umständen und Zeitverhältnissen abhänge. Er geht sogar so weit zu sagen, dass die Menschenwür-

⁶²⁹ BVerfGE 45, 187 (229).

⁶³⁰ BVerfGE 96, 375 (399 f.) – Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation bzw. bei fehlerhafter genetischer Beratung.

⁶³¹ Vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Bd. VI, S. 436: „Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur.“

de sich vornehmlich auf das subjektive Empfinden stütze.⁶³² Diese Aussage müsste an sich zu der Konsequenz führen, dass die Ebene der objektiven Beurteilung verlassen wird. Entscheidend wäre dann nicht mehr, was ein objektiver Beobachter in einer bestimmten Situation als menschenunwürdig einstuft, sondern allein, ob sich der konkrete Mensch herabgewürdigt fühlt. So weit will *v. Münch* dann wohl nicht gehen, da er der „modifizierten Objekt-Formel“, wie sie das BVerfG im Abhör-Urteil entwickelt hat, zustimmt, und somit grundsätzlich auch eine objektive Komponente zugrunde legt. *Taupitz* ist – ähnlich wie *v. Münch* – der Ansicht, dass der Menschenwürdebegriff nicht statisch sei.⁶³³ Der Begriff definiere und entwickle sich „erst in Wechselwirkung mit den gesellschaftlichen Wertvorstellungen, die ihrerseits dem Wandel der Zeit unterliegen“. Anders als das BVerfG geht also *Taupitz* davon aus, dass der Begriff der Menschenwürde selbst nicht festgelegt sei und nicht, dass lediglich die Erkenntnis davon einem Wandel unterworfen sei. Diese Sicht muss notwendig eingenommen werden, wenn man den Menschenwürdebegriff möglichst offen halten und sich möglichst wenig auf eine philosophische Grundlage einigen will. Der Reiz dieser Sichtweise besteht darin, dass die Menschenwürde besonders anpassungsfähig an die gesellschaftlichen Strömungen und Ansichten wird. Im Prinzip macht die Menschenwürde dann das aus, was gerade gesellschaftlicher Konsens ist. So schreibt *Benda*: „Was die Würde des Menschen ausmacht, ist in der Verfassungsordnung auch als Ergebnis eines Diskurses entschieden worden, an dem Glaubensüberzeugungen, philosophische Einsichten und die Ergebnisse der Wissenschaft vom Menschen mitgewirkt haben. Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn Einsichten, Erkenntnisse und Überzeugungen stets neu überprüft werden, ...“.⁶³⁴ Die Kehrseite der Medaille ist hierbei allerdings, dass der Inhalt der Menschenwürde beliebig wird. Es gibt im Grundsatz keinen festen Eckpunkt, eben gerade nichts „Statisches“ mehr. Man könnte bei völliger Variabilität des Begriffs z. B. einer fundamentalistisch-islamischen Gesellschaft nicht vorwerfen, dass sie die Menschenwürde durch Körperstrafen verletzt, sofern dies gesellschaftlicher Konsens ist. Zu Recht

⁶³² *V. Münch*, in: FS Rauschning, S. 27 (32).

⁶³³ *Taupitz*, NJW 2001, S. 3433 (3436).

⁶³⁴ *Benda*, NJW 2001, S. 2147 (2148).

zweifelte daher *Jarass* daran, dass der Schutzgehalt der Menschenwürde abhängig vom zeithistorischen Kontext variieren könne.⁶³⁵

cc) Träger des Grundrechts auf Menschenwürde

Im Hinblick auf den Umfang des Folterverbotes ist es von Bedeutung, ob sich auch ein Verdächtiger, Straftäter, auch ein Terrorist, ohne Einschränkungen auf den Schutz seiner Menschenwürde berufen kann. Dies ist der Fall, wenn *jedermann* Träger des Grundrechts auf Menschenwürde ist. Geht man mit der *Mitgifttheorie* davon aus, dass der Mensch sich seine Würde nicht erst verdienen muss, sondern dass sie jedem Menschen von Anfang an mitgegeben wurde, so können schon *per definitionem* keine Menschengruppen (wie Straftäter, Geistesranke oder körperlich Behinderte) ausgegrenzt werden. Nach der „*Imago-dei Lehre*“ folgt dies aus dem unterschiedslosen Schöpfungsakt,⁶³⁶ für Kant aus der Zugehörigkeit des Einzelnen zur „Gattung Mensch“. Da Kant die Menschenwürde aus der sittlichen Autonomie des Menschen ableitet, ist für ihn der nötige Begründungszwang an dieser Stelle höher. Gerade der Geistesranke und der Straftäter dürften zuweilen diese von Kant vorausgesetzte sittliche Autonomie nicht besitzen. Die Theorie Kants bleibt an dieser Stelle problematisch: Versteht man die Würde als Ausfluss der sittlichen Autonomie des Menschen, so dürfte sie an sich nur demjenigen zukommen, der diese auch tatsächlich besitzt.⁶³⁷

⁶³⁵ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1, Rn. 5, 6. Aufl. 2002, (in der 8. Aufl. sind die Bedenken nur noch rudimentär vorhanden).

⁶³⁶ Hiernach ist *der Mensch* (also als „Gattungswesen“) zum Bilde Gottes geschaffen worden. Im Übrigen war nach *Genesis* gerade der nach dem Bilde Gottes geschaffene Adam ein Gesetzesübertreter, weil er durch Essen vom verbotenen Baum gegen das einzige ausdrückliche Verbot Gottes verstoßen hatte. Somit kommt nach der *imago-dei-Lehre* eindeutig auch dem Straftäter Menschenwürde zu.

⁶³⁷ Vgl. auch Kritik von *Hofmann*, AöR 118 (1993), S. 353 (361): „Die stärker auf die Vernunftnatur des Menschen und seine sittliche Autonomie abhebende Auffassung begegnet dem Einwand, daß der Schluß von der Vernunft auf die Würde ohne idealistische Überhöhung des menschlichen Vernunftvermögens keineswegs zwingend ist. Im Übrigen gerät diese Meinung bei den erwähnten Grenzphänomenen menschlicher Existenz in erhebliche Begründungsschwierigkeiten. Sie muß insoweit mit dem bloß potentiellen Vernunftvermögen, also den Fähigkeiten der Gattung argumentieren, während es doch – wie man sagt – stets konkret auf die Würde des einzelnen und nicht abstrakt auf die der Menschheit ankommen soll.“

Die Rechtsprechung⁶³⁸ und die ganz überwiegende Meinung,⁶³⁹ die – wie oben erwähnt – die Menschenwürde im Sinne der Mitgifttheorie begreifen, nehmen keinen Menschen von der Menschenwürde aus. Auch der „völlig asoziale“, der „entmenschte Verbrecher“ sei Mensch und somit Träger der Menschenwürde.⁶⁴⁰ Da die Menschenwürde nicht erst verliehen werden muss, könne sie auch nicht rückgängig gemacht und nicht verwirkt werden.⁶⁴¹

Auch *Podlech*, der ein eigenes Konzept zur Menschenwürde entwickelt hat, billigt jedem Menschen, gleichgültig ob Säugling, behindert, geisteskrank oder altersdement, Menschenwürde zu.⁶⁴² Nach seiner Definition ist die Würde „dasjenige, auf das zu verzichten niemandem zugemutet werden darf, dasjenige, das nicht als möglicher Gegenstand einer im Rechtsbereich wirksamen Verfügung gedacht werden kann, weil es dasjenige ist, was Zustimmung und Einordnung erst ermöglicht, nämlich daß *jeder Mensch Zweck an sich selbst* ist, selbstverantwortende Persönlichkeit (BVerfGE 45, 187, 228).“⁶⁴³ Trotz etwas anderer Begriffsbestimmung im Detail wird deutlich, dass sich auch *Podlech* an Ideen der Mitgifttheorie anlehnt, wenn er sich auf die Rechtsprechung des BVerfG, die sich wiederum an *Kant* orientiert, beruft.

Nach der *Kommunikationstheorie* kommt jedenfalls allen *lebenden* Menschen Menschenwürde zu.⁶⁴⁴ Begründet wird dies damit, dass von einem gegenseitigen Versprechen auszugehen ist, nach dem Menschen sich „als in gleicher Weise würdige Mitglieder des Gemeinwesens“ anerkennen. Somit sei es ausgeschlossen, „irgendjemandem die Befugnis

⁶³⁸ BVerfGE 87, 209 (228): „Jeder [Mensch – *d. Verf.*] besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status“ [danach, z. B. in E 96, 375 (399) – Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation bzw. bei fehlerhafter genetischer Beratung]; Träger der Menschenwürde auch Straftäter BVerfGE 64, 261 (284); 72, 105 (115); OLG Hamm, JZ 1969, 237 (239); BerlVerfGH, NJW 1993, 515 (517).

⁶³⁹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Abs. 1, Rn. 49; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 1, Rn. 6; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4 und Rn. 12; *Stern*, in: FS Scupin, S. 627 (628).

⁶⁴⁰ Hessischer StGH, DVBl. 1974, S. 940 (943).

⁶⁴¹ *Stern*, in: FS Scupin, S. 627 (628).

⁶⁴² *Podlech*, in: AK-GG, Art. 1, Rn. 56.

⁶⁴³ *Podlech*, ebd., Rn. 15.

⁶⁴⁴ *Hofmann*, AöR 118 (1993), S. 353 (375 f.), zur Frage der Würde von vorgeburtlichem Leben und Toten.

zuzugestehen, einem anderen Individuum diesen Status – aus welchen Gründen auch immer – prinzipiell abzusprechen“.⁶⁴⁵

Im Sinne der von Luhmann vertretenen *Leistungstheorie* kommt nur demjenigen Menschen Würde zu, der seine Identität gelungen begründet hat. Menschen, die in ihrer Selbstdarstellung gescheitert sind, haben keine Würde.⁶⁴⁶ Zweifelhaft ist, ob bei einem Verbrecher, der vor dem menschlichen Leben keinerlei Respekt hat, von einer solchen Selbstdarstellung gesprochen werden kann. Da es im Rahmen der Leistungstheorie aber nicht um eine Bewertung der Persönlichkeit, sondern nur um den Akt der Selbstdarstellung geht, dürfte auch dem Schwerstverbrecher Menschenwürde zukommen.

dd) Bewertung des Diskussionsstandes zur Definition der Menschenwürde

Infolge der normativen Offenheit des Begriffs der Menschenwürde ist eine positive Definition nur möglich, wenn diese auf ein *bestimmtes Menschenbild* zurückgeführt werden kann.⁶⁴⁷ Dies setzt voraus, dass ein gewisser Grundkonsens darüber herrscht, auf welchem Gedankengut dieses Menschenbild gründet. Eine weltanschaulich neutrale Definition – wie sie neuerdings zunehmend gefordert wird⁶⁴⁸ – ist nicht möglich.⁶⁴⁹ Die durch *Dürig* begründete und sich in der traditionellen Verfassungsinterpretation als herrschend herauskristallisierte Ansicht ging davon aus, dass Art. 1 Abs. 1 GG auf dem christlichen Menschenbild

⁶⁴⁵ *Hofmann*, ebd., S. 353 (376).

⁶⁴⁶ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 69: „Ist er [der Mensch] zu einer ausreichenden Selbstdarstellung nicht in der Lage, scheidet er als Kommunikationspartner aus und sein mangelndes Verständnis für Systemanforderungen bringt ihn ins Irrenhaus.“

⁶⁴⁷ So die h. M. in Rechtsprechung und Lehre, vgl. *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 17 f. m. w. N.

⁶⁴⁸ Vgl. nur *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (89 f.).

⁶⁴⁹ *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173, charakterisiert das vehemente Abstreiten und Abstreifen der christlichen Wurzeln als „Christophobie“ (S. 207 f.). Das gleichwohl bestehende „transsäkulare Bedürfnis“ stille die Gesellschaft mit der Menschenwürde als „Glaubensartikel einer Zivilreligion“ (S. 178 f.), indem sie diese tabuisiert.

basiert.⁶⁵⁰ Die breite Übereinstimmung hinsichtlich der von *Dürig* formulierten Anwendungsfälle ergab sich dabei unter anderem daraus, dass die christlichen Werte in der seinerzeit noch jungen Bundesrepublik besonders präsent waren. Sowohl das Schrifttum als auch das BVerfG hatten eine ähnliche Wertegrundlage, aufgrund derer sie Sachverhalte beurteilten. Durch zunehmende Globalisierung und damit verstärkten Einflüssen aus anderen Kulturen und Religionen gerät gegenwärtig das Selbstverständnis eines christlichen Menschenbildes immer mehr ins Wanken. Die politische und rechtliche Abgrenzung zwischen Zubilligung voller Glaubensfreiheit auf der einen Seite und Wahrung eines kulturchristlichen Erbes auf der anderen Seite fällt immer häufiger zu Gunsten der ersteren aus, weil mehr und mehr betont wird, dass sich der Staat wertneutral verhalten müsse. Wertneutralität verträgt sich allerdings nicht mit einem Begriff wie dem der Menschenwürde, der auf Wertung hin angelegt ist. Um dem Dilemma zu entgehen, wurde teils versucht, gänzlich auf eine positive Definition zu verzichten, und den Gehalt der Menschenwürde nur negativ, d. h. in Fallgruppen der Verletzung, zu erfassen. Eine solche Technik hat jedoch immer mit dem Vorwurf der Willkürlichkeit zu kämpfen, da sie nicht begründen kann, *warum* die eine Fallgruppe die Menschenwürde verletzt und die andere nicht. Aus dieser Not heraus wird erstaunlich oft auf *Kant* Bezug genommen, um die fehlende metaphysische Ebene durch eine andere Autorität zu ersetzen. Man meint, mit Kant gleichsam wertneutrales Terrain zu betreten, jedenfalls der religiösen Begründung entfliehen zu können.⁶⁵¹ Doch stößt auch die kantische Formel der Menschenwürde bald an ihre Grenzen, da auch sie nicht erschöpfend zu erfassen vermag, was Menschenwürde ist.

Die Festlegung des Grundgesetzes auf bestimmte Werte und weltanschaulich-religiöse Grundüberzeugungen bedeutet keineswegs, dass der Staat damit automatisch eine bestimmte Anschauung oder einen bestimmten Glauben vorschreibt. Andererseits ist es ein Irrglaube anzunehmen, dass eine Gesellschaft ohne Festlegung auf gewisse Grundwerte überleben kann. Gerade der Begriff der Menschenwürde, der anders als Begriffe wie „Leben“ oder „körperliche Unversehrtheit“ nach Wertung und Auslegung verlangt, kann ohne philosophischen Hintergrund nicht mit Sinn und Inhalt gefüllt werden. Wenn man negiert, dass

⁶⁵⁰ *Dürig*, JR 1952, S. 259 (260); *Wertenbruch*, Grundgesetz und Menschenwürde, S. 187 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 21 I, S. 200; *Verdross*, EuGRZ 1977, S. 207; *Starck*, JZ 1981, S. 457 (459).

⁶⁵¹ Siehe hierzu auch *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (208 f.).

das GG auf dem christlichen Menschenbild fußt und keinen philosophischen Ersatz anbietet, so wird der Begriff der Menschenwürde aussagelos und dadurch der Beliebigkeit überantwortet. Es wird dann kaum mehr gelingen, einen Konsens darüber zu finden, was Menschenwürde ausmacht. Art. 1 Abs. 1 GG würde unter diesen Umständen zu einer Norm verkümmern, der keine Aussagekraft mehr zukommt.⁶⁵² Unter dieser Prämisse müsste man *Hoerster* zustimmen, wenn er die Menschenwürde als „Leerformel“ bezeichnet. Denn dessen Argument ist gerade, dass der Streit um den Inhalt von Menschenwürde ein Streit um sittliche Wertung ist, der „aus prinzipiellen Gründen einer rational-wissenschaftlichen Entscheidung letztlich unzugänglich“ bleibt.⁶⁵³

Bisher scheint die überwiegende Meinung noch davon auszugehen, dass es ein dem Grundgesetz zugrunde liegendes Menschenbild gibt, welches auf dem christlich-abendländischen Verständnis des Menschen als unverwechselbarem Individuum und verantwortlichem Wesen gegenüber seinen Mitmenschen fußt.

ee) Stellung der Menschenwürde im Gesamtgefüge des GG

(1) Menschenwürde ist „höchster Rechtswert“

Der Menschenwürde, vom BVerfG als „oberstes Konstitutionsprinzip“ bezeichnet,⁶⁵⁴ kommt nach herrschender Auffassung im Gesamtgefüge des GG *die* herausragende Stellung zu. Vom BVerfG wird sie gewürdigt als „höchster Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ord-

⁶⁵² Insoweit ist auch die Forderung *Netteheims*, AöR 2005, S. 71 (91), zwischen dem *Grund* für die Anerkennung und dem *Schutzgut* des Art. 1 Abs. 1 GG selbst zu unterscheiden, keine Lösung, die den philosophisch-religiösen Hintergrund für die Bestimmung von Art. 1 Abs. 1 GG entbehrllich macht. Richtig ist, dass aus dem Grund für die Anerkennung bestimmte positive Rechte abzuleiten sind, jedoch kann man, nach Ableitung der Rechte, nicht einfach den Grund wieder hinwegnehmen. Die Rechte hängen dann – bildlich gesprochen – in der Luft und keiner wüsste mehr, warum es sich gerade um diese Rechte handelt und nicht um andere. Das, was in unserem Kulturkreis als selbstverständlich gilt, ist keinesfalls Konsens zwischen allen Kulturen (was auch *Nettesheim* einräumt, ebd., S. 99).

⁶⁵³ *Hoerster*, JuS 1983, S. 93 (95).

⁶⁵⁴ BVerfGE 45, 187 (227); 87, 209 (228): „tragendes Konstitutionsprinzip“; 96, 375 (399): „oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip“, 102, 370, (389); 109, 133 (149).

nung“⁶⁵⁵ bzw. „oberster Verfassungswert.“⁶⁵⁶ Die besondere Bedeutung der Menschenwürde wird schon redaktionell durch ihre Stellung ganz am Anfang des GG deutlich. Auch die Wortwahl des Art. 1 Abs. 1 GG („unantastbar“) sowie der explizite Achtungs- und Schutzauftrag an die Staatsgewalt zeichnen die Menschenwürde in besonderer Weise aus. Ebenso zeugt Art. 79 Abs. 3 GG von der besonderen Bedeutung dieses Verfassungswertes.⁶⁵⁷

(2) Art. 1 Abs. 1 GG vs. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Das Verhältnis der Menschenwürde zum Recht auf Leben wird zunehmend Streitpunkt juristischer Auseinandersetzung. Die traditionelle und immer noch h. M. sieht die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG oberhalb des Grundrechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verankert.⁶⁵⁸ Im jüngeren Schrifttum⁶⁵⁹ wird jedoch mehr und mehr eine Gegenposition bezogen, wobei teilweise Unterstützung in einem Ausspruch des BVerfG gesucht wird, in dem das Leben als die „vitale Basis der Menschenwürde“ bezeichnet wurde.⁶⁶⁰ Das hieraus gezogene Ar-

⁶⁵⁵ BVerfGE 45, 187 (227).

⁶⁵⁶ BVerfGE 33, 23 (29); 32, 98 (108): Menschenwürde beherrscht „als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem“; 50, 166 (175): „Die Würde des Menschen ist der oberste Wert im grundrechtlichen Wertsystem und gehört zu den tragenden Konstitutionsprinzipien“; 54, 341 (357): Menschenwürde ist „oberstes Verfassungsprinzip“.

⁶⁵⁷ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4.

⁶⁵⁸ Für einen über dem Leben stehenden Stellenwert der Menschenwürde sprechen sich aus: BVerfGE 45, 187, 227; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2, Rn. 14 f.; wohl auch *FabI*, JR 2004, S. 182 (184); *Höfling*, in: Sachs, Art. 1, Rn. 60; *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (47 ff.); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 4 f.; *Kinzig*, ZStW 2003, S. 791 (813); *Saliger*, ZStW 116 (2004), S. 35 (46); *Stemmler*, Das „Neminem-laedere-Gebot“, S. 214 und 217; *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (495); *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 153; *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (878); *ders.*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 37 (46 f.); *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 545 ff.; *Ziegler*, KritV 2004, S. 50 (57).

⁶⁵⁹ Gegen eine Höherwertigkeit der Menschenwürde vor dem Leben *Kloepfer*, in: Festgabe BVerfG, Bd. II, S. 405 (412); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1, Rn. 22; *Götz*, NJW 2005, S. 953 (954).

⁶⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (42); zuletzt im Urt. v. 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, Rn. 119.

gument lautet, dass die Basis des Lebens nicht minderwertiger sein könne als die erst aus ihr erwachsende Menschenwürde.⁶⁶¹ Dieses Argument verkennt nicht nur die Intention, in dem dieses – zugegebenermaßen missverständliche – Zitat des BVerfG zuerst geäußert wurde, sondern auch den systematischen Zusammenhang, in dem Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in der Verfassung stehen. Wenn das BVerfG das Leben als „vitale Basis der Menschenwürde“ bezeichnet, so will es damit allein den hohen Stellenwert des Lebens betonen, ohne ein Konkurrenzverhältnis zur Menschenwürde ausdrücken oder gar das Leben oberhalb der Menschenwürde anzusiedeln. In der Entscheidung, in der das BVerfG den Terminus der „vitalen Basis“ einführte, ging es nicht um eine Gegenüberstellung zwischen Leben einerseits und Menschenwürde andererseits, sondern um eine Abwägung zwischen dem *Leben* des nasciturus und dem *Selbstbestimmungsrecht* der Frau. Mit dem Bezug zur Menschenwürde wollte das Gericht das Recht auf Leben aufwerten, nicht aber die Menschenwürde abwerten.⁶⁶² Dass das Recht auf Leben keinen „absoluten“ Vorrang genießt, hat das BVerfG ausdrücklich klargestellt.⁶⁶³ Überdies hat das BVerfG selbst festgestellt, dass der Würdeschutz nicht notwendigerweise an das Leben gekoppelt ist, sondern in gewissem Umfang auch für Verstorbene gilt.⁶⁶⁴

Während in das Recht auf Leben aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden darf (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG), sieht das GG keine solche Eingriffslegitimation für die Menschenwürde vor. Ohne Zweifel stellt das Leben einen der höchsten Rechtswerte nach dem GG dar.⁶⁶⁵ Das

⁶⁶¹ Diese Verbindung von Menschenwürde und Leben wird auch „Koppelungsthese“ genannt, vgl. *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (47); *ders.*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 547.

⁶⁶² So heißt es dann auch in den weiteren Entscheidungsgründen: „Bei der deshalb erforderlichen Abwägung ‚sind beide Verfassungswerte in ihrer Beziehung zur Menschenwürde als dem Mittelpunkt des Wertsystems der Verfassung zu sehen‘. Bei einer Orientierung an Art. 1 Abs. 1 GG muß die Entscheidung zugunsten des Vorrangs des Lebensschutzes für die Leibesfrucht vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren fallen.“ [BVerfGE 39, 1 (43)].

⁶⁶³ BVerfGE 88, 203 (253 f.).

⁶⁶⁴ BVerfGE 30, 173 (194); siehe auch *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (49); *ders.*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 550.

⁶⁶⁵ Das BVerfG hat zwar auch das Leben als „Höchstwert“ bezeichnet (BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, (164 ff.); 49, 24, 53; zuletzt im Ur. v. 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, Rn. 85). Jedoch heißt es in BVerfGE 88, 203 (253 f.): „Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, daß dieses gegenüber

Grundrecht auf Leben darf allenfalls – unter engsten Voraussetzungen – zum Schutz des Lebens anderer beschränkt werden.⁶⁶⁶ Allerdings darf der Einsatz des Lebens z. B. im Verteidigungsfall verlangt werden, während der Staat nicht verlangen kann, dass ein Soldat seine Würde preisgibt.⁶⁶⁷

Neben dieser formalen Stellung der Menschenwürde im Gesamtgefüge des GG ergibt sich auch in materieller Hinsicht, dass die Menschenwürde eine dem Leben übergeordnete Rolle einnimmt. Prämisse hierfür ist allerdings die streitbare – und hier befürwortete – These, wonach die Menschenwürde als metaphysische Größe zu verstehen ist, die mithin über das physische Leben hinausgeht. Dem Menschen kommt Menschenwürde nämlich nicht nur aufgrund der Tatsache zu, dass er ein lebendiges Wesen ist, sondern insbesondere aufgrund seiner Geist-Seele-Natur.⁶⁶⁸ Eine Reduktion des Menschen auf seine physische Existenz muss sich die Frage gefallen lassen, warum dann nicht auch Tieren „Menschen“würde zukommt. Unverständlich ist daher auch die Argumentation von *Herdegen*, der in der Höherwertigkeit der Menschenwürde gegenüber dem Schutz des Lebens einen „Rückfall“ in überholte Vorstellungen von einem dem Leben übergeordneten Achtungsanspruch einschließlich der Ehre sieht.⁶⁶⁹ Er übersieht dabei, dass *Würde* und *Ehre* verschiedene Begriffe sind. Es erscheint insgesamt eher rückfällig, den Menschen auf seine physische Existenz zu begrenzen.

b) Verletzung der Menschenwürde durch Folter

Nachdem dargelegt wurde, was unter Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen ist und dass es sich bei ihr um den höchsten Rechtswert der Verfassung handelt, soll im Folgenden dargelegt werden, inwiefern Folter die Menschenwürde verletzt.

jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse; das zeigt schon Art. 2 Abs. 2. Satz 3 GG.“ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (878).

⁶⁶⁶ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 5.

⁶⁶⁷ *Kunig*, ebd.; siehe auch §§ 7, 9 Soldatengesetz sowie *Schlegte ndal*, Neue Zeitschrift für Wehrrecht 1992, S. 177 (178).

⁶⁶⁸ *Stern*, FS Scupin, S. 627 (633).

⁶⁶⁹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1, Rn. 22.

aa) Charakteristika der Folter und ihre menschenwürdeverletzende Auswirkung

Folter gilt gemeinhin als *das* Paradebeispiel für die Verletzung von Menschenwürde.⁶⁷⁰ So äußert *Wittreck*: „Die Einmütigkeit, mit der die Rechtswissenschaft das Verbot der Folter dem Garantiebereich des Art. 1 Abs. 1 GG zuordnet, wirkt ... geradezu wohltuend.“⁶⁷¹ *Bielefeldt* bemerkt, „... daß die Folter nicht nur eine *Missachtung* der Menschenwürde darstellt ... , sondern die *vollständige* und *systematische Negierung der Menschenwürde* bedeutet“.⁶⁷² Trotz dieser – oder möglicherweise gerade wegen dieser – übereinstimmenden Sichtweise wird nicht selten auf eine nähere Begründung dieser Behauptung verzichtet.⁶⁷³ Es scheint, als ob das besondere Stigma des Wortes „Folter“ schon *per se*

⁶⁷⁰ BVerfGE 30, 1 (39); vgl. auch EGMR *Selmouni ./. Frankreich*, Urt. v. 28.7.1999, Reports 1999 V, S. 149 (182, Rn. 99), NJW 2001 S. 56 (60); *Antoni*, in: Seifert/Hömig, Art. 1, Rn. 5; *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (336): „Die systematisch und unter möglichst großer Schmerzzufügung begangene Folter ist damit der gravierendste Angriff auf die Menschenwürde, der sich denken lässt.“; *Höfling*, in: Sachs, Art. 1, Rn. 20: „Außer Zweifel steht zunächst, daß Folterungen, archaische Strafsanktionen und staatlicher Mord Verstöße gegen die Menschenwürde darstellen.“; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 545 mit zahlreichen w. N.; *Kooijmans*, in: Matscher (Hrsg.), Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich, S. 93 (103): „What distinguishes man from other living beings is his individual personality. It is this individual personality that constitutes man's inherent dignity. ... It is exactly this individual personality that is often destroyed by torture; in many instances, torture is even directed at wiping out the individual personality.“; *Marx*, KJ 2004, S. 278 (300); *Raess*, Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, S. 113; *Roxin*, in: FS Eser, S. 461 (464); *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (874) mit zahlreichen w. N. in der Literatur (in Fn. 6). Wohl a. A. *Ekardt*, Neue Justiz 2006, S. 64 (65).

⁶⁷¹ *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (874); *ders.*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 37 (38).

⁶⁷² *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 6.

⁶⁷³ Positiv hervorzuheben ist hier *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (337), der zunächst darlegt, welche sieben Rechte sich aus der Menschenwürde ableiten lassen und dass eben jene Rechte durch die Folter verletzt werden; siehe neuerdings auch *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (495) und *Ekardt*, Neue Justiz 2006, S. 64 (65), wobei letzterer eine differenzierte und von der h. M. abweichende Auffassung vertritt.

den Gegensatz zur Achtung der Menschenwürde zum Ausdruck bringt.⁶⁷⁴

(1) Degradierung zum Objekt

Entsprechend der zur Umschreibung der Menschenwürde entwickelten Objektformel wird hervorgehoben, dass der Mensch unter der Folter zum Objekt gemacht werde.⁶⁷⁵ Das Folteropfer werde „verdinglicht“,⁶⁷⁶ „zur willkürlich benutzbaren ‚Sache‘ herabgewürdigt“,⁶⁷⁷ „auf die Ebene der Sache und des Tieres“ gestellt,⁶⁷⁸ zum Mittel bloßer Informationsgewinnung degradiert,⁶⁷⁹ auf seine „bloße Körperlichkeit“ und „vegetative Existenz“ herabgesetzt.⁶⁸⁰

Allein die Feststellung, dass jemand unter der Folter zum Objekt gemacht wird, reicht allerdings noch nicht aus, um den besonderen Verstoß gegen die Menschenwürde zu begründen. Wie oben bereits dargestellt wurde, wird jemand auch im weiteren Sinne zum „Objekt“ gemacht, wenn er beispielsweise strafprozessualen Zwangsmaßnahmen unterworfen wird. Zum „bloßen“ Objekt wird der Mensch allerdings gemacht, wenn seine Individualität völlig übergangen wird. Dies ist – im Gegensatz zu lediglich strafprozessualen Zwangsmaßnahmen – bei der Folter der Fall. Wird ein Zeuge nach § 70 Abs. 2 StPO in Beugehaft genommen, so liegt hierin ein Kompromiss zwischen der Achtung des Zeugen als Individuum und dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung (und damit der Achtung der anderen Individuen der Gemein-

⁶⁷⁴ Siehe auch *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (190): „Das Tabu der Folter verbindet sich mit dem Tabu der Menschenwürde.“

⁶⁷⁵ *Stein/Frank*, Staatsrecht, § 29 IV, S. 235; *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (483); *Marx*, KJ 2004, S. 278 (300). Siehe auch *Bielefeldt*, APuZ 36/2006, S. 3 (7): „Kants Formulierung des kategorischen Imperativs ... wird in der Folter somit ins Gegenteil verkehrt: Die Funktionalisierung des Menschen zum bloßen Mittel ist vollständig, und sein Anspruch auf Achtung als Selbstzweck wird restlos negiert.“

⁶⁷⁶ *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 6.

⁶⁷⁷ *Bielefeldt*, ebd.

⁶⁷⁸ *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 1, Rn. 30.

⁶⁷⁹ *Bielefeldt*, Policy Paper No. 4, S. 6.

⁶⁸⁰ *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (336).

schaft, insbesondere des Opfers der Straftat).⁶⁸¹ Der Zeuge wird nicht in seiner Individualität völlig zerstört, sondern er bleibt Herr der Entscheidung darüber, ob er eine Aussage machen will oder nicht. Es wird zwar mit Druck auf ihn dahingehend eingewirkt, dass er redet. Allerdings ist dieser Druck nicht so stark, dass er, auch wenn er es nicht will, reden *muss*. Auf den ersten Blick mag man einwenden, dass sich dies mit der Folter ebenso verhalte. Auch der Gefolterte müsse ja keine Aussage machen, wenn er nicht wolle. Dieser Schluss wäre aber voreilig. Folter ist immer mit großen physischen oder psychischen Schmerzen verbunden. Ist nun z. B. die Schmerzzufügung so heftig, dass dem Gefolterten wortwörtlich alle Sinne schwinden, so muss der Gefolterte – wie eine Maschine, die nicht anders kann – seine Aussage machen.⁶⁸² Es wird die Individualität des Gefolterten völlig negiert. Es geht um eine Aussage *um jeden Preis*, auch gegen seinen Willen. Folter muss allerdings nicht in unausstehbarem Schmerz bestehen. Sie kann auch darin liegen, dass jemand durch körperliche Handlungen oder in anderer Weise degradiert wird.⁶⁸³

(2) Zerstörung der Persönlichkeit

Häufig soll durch die Folter das Selbstbewusstsein des Opfers gebrochen und seine Autonomiefähigkeit zerstört werden.⁶⁸⁴ Der Gefolterte soll mit einem dauerhaften Trauma belastet werden.⁶⁸⁵ „Anders als die Tötung ist die Folter ein Mittel zur fortgesetzten Verfügbarmachung der Psyche des Gefolterten, das über die Unschädlichmachung weit hinausgehend die innere Unterwerfung dauerhaft belegen will.“⁶⁸⁶ Dieser Punkt hängt eng mit dem Menschenbild des GG zusammen, nach dem der Mensch ein geistig-sittliches Wesen ist, das die Fähigkeit besitzt, aufgrund seines freien Willens und seiner individuellen Persönlichkeit ein selbstbestimmtes Leben zu führen und sich nach seiner Überzeu-

⁶⁸¹ Beugehaft ist natürlich schon deswegen keine Folter, weil hierdurch keine körperlichen oder psychischen Schmerzen verursacht werden.

⁶⁸² Hierauf weist nun auch *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (495), hin.

⁶⁸³ Häufig zum Beispiel durch Entkleiden der Person; Urinieren auf die Person; Zwang zu sexuellen Handlungen etc.

⁶⁸⁴ *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (336).

⁶⁸⁵ *Hilgendorf*, ebd., S. 331 (336).

⁶⁸⁶ *Marx*, KJ 2004, S. 278 (300).

gung in der Gesellschaft einzubringen.⁶⁸⁷ Bei der Folter aber soll dem Menschen, im Sinne von Kant, die Freiheit genommen werden, (sittlich) autonome Entscheidungen zu fällen. Diese Ziele verfolgt vor allem die gegen Regimekritiker, Andersgläubige etc. eingesetzte Folter durch totalitäre Staaten. Dem Menschen soll die ihm zustehende Freiheit genommen werden, eine eigene Meinung, einen eigenen Glauben zu haben und zu leben. Der Mensch soll „auf Linie“ gebracht werden, darf insoweit keine eigene Persönlichkeit besitzen.

Die Zerstörung der Persönlichkeit ist dagegen in aller Regel nicht das Ziel von Aussageerpressung im Rahmen eines Strafverfahrens oder polizeilicher Ermittlungen. Hier geht es in erster Linie um Aufklärung einer Straftat bzw. Gefahrenabwehr. Jedoch kann die Psyche auch dann bleibenden Schaden erleiden, wenn – wie in der Inquisitionsfolter – heftigster Schmerz zu an sich positiven Zielen (Strafauflklärung) eingesetzt wird (so dass im letzten Falle eine Zerstörung der Persönlichkeit vorliegt).

(3) Willensbruch

Eines der geläufigsten Argumente gegen die Folter ist, dass sie gegen die Menschenwürde verstoße, weil durch sie der Wille des Opfers gebrochen werde.⁶⁸⁸

Die *EKMR* begründete im vorerwähnten *Nordirland-Fall* das Vorliegen von Folter damit, dass die fünf Techniken zur Desorientierung den freien Willen beeinträchtigen würden.⁶⁸⁹ *Frowein* hebt diesen Aspekt besonders hervor, indem er anmerkt: „Mir scheint übrigens die ausdrückliche Bezugnahme der Kommission auf die Freiheit des Willens hier von großer Bedeutung. Auch der Verbrecher, auch der Terrorist hat

⁶⁸⁷ Siehe oben 2. Teil B I 3 a) bb) (1), sowie B I 3 a) bb) (2) (b), sowie B I 3 a) dd). Siehe auch zusammenfassend *Antoni*, in: Seifert/Hömig, Art. 1, Rn. 4.

⁶⁸⁸ *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 6; *ders.*, Menschenwürde und Folterverbot, S. 12; *Bleckmann*, Staatsrecht II (KT 50 74), S. 557; *Brugger*, AJCL 48 (2000), S. 661 (665); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 104, Rn. 8; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 104, Rn. 55; *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 12.

⁶⁸⁹ „The will to resist or to give in cannot, under such conditions, be formed with any degree of independence. Those most firmly resistant might give in at an early stage when subjected to this sophisticated method to break or even eliminate the will.“ Yearbook of the European Convention on Human Rights 19 (1976), S. 512 (792).

gegenüber den Staatsorganen das Recht darauf, als menschliches Wesen mit einem freien Willen anerkannt zu werden. Darauf bauen unsere Systeme des Strafprozesses auf, nur darauf beruht das Recht des Angeklagten, vor Gericht zu schweigen.“⁶⁹⁰

Die Fähigkeit, einen Willen bilden und Entscheidungen treffen zu können, macht den Menschen als Persönlichkeit aus. Der Mensch ist keine „vorprogrammierte Maschine“, die nur geleitet von Trieben und Instinkten handelt, sondern eine Persönlichkeit, die grundsätzlich durch ihren freien Willen handeln und entscheiden kann. Nur aufgrund dieser Fähigkeit, einen Willen zu bilden, ist der Mensch letztlich ein sittliches Wesen, ein Wesen, das verantwortlich ist für sein Handeln.⁶⁹¹ Obwohl gerade der freie Wille (Willensentschließung und Willensbetätigung) als dessen, was zur Menschenwürde zählt, zu schützen ist, wird der Mensch in vielen Bereichen daran gehindert, seinem Willen entsprechend zu handeln. Zu denken ist hier an so alltägliche Dinge wie die Tatsache, dass jede erzieherische Maßnahme von Eltern oder Lehrern darauf abzielt, das Kind *entgegen* seinem Willen auf eine andere Bahn zu lenken. Dies führt auf die Frage zu, was also gerade die Verwerflichkeit des willensbrechenden Elementes in der Folter ausmacht? Allein der Grund, dass *der Staat* den Willen übergeht, reicht nicht aus. Zwar

⁶⁹⁰ *Frowein*, in: Matscher (Hrsg.), Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Rechtsvergleich, S. 69 (73 f.). Demgegenüber behauptet *Krack*, NStZ 2002, S. 120 ff., im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem Normzweck des § 136a StPO, dass ein Angriff auf die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung die Menschenwürdegarantie nicht notwendig verletzt; andererseits nimmt *Krack* ohne weitere Erläuterung an, dass Folterung während der Vernehmung die Menschenwürde verletzt.

⁶⁹¹ Teilweise wird das Vorhandensein eines freien Willens in der neueren naturwissenschaftlichen Forschung angezweifelt. Dem nachzugehen würde den Rahmen einer juristischen Arbeit bei weitem sprengen. Da das deutsche Strafrecht, nach dem ein Täter nur bestraft werden darf, wenn ihm die Tat im Rahmen der Schuld persönlich vorzuwerfen ist, auf der Prämisse beruht, dass der Mensch imstande ist, sich für oder gegen rechtmäßiges Handeln zu entscheiden (siehe BGHSt 2, 194, 201), wird auch hier ohne Vertiefung davon ausgegangen, dass dem Menschen gewisse Willensfreiheit zukommt. Vgl. hierzu auch *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn. 397; siehe ebenso *Hillenkamp*, JZ 2005, S. 313 ff., der kurz den Stand der Hirnforschung skizziert und dennoch der Ansicht ist, dass die Willensfreiheit bisher nicht wissenschaftlich widerlegt sei (S. 318 f.). Siehe auch *Wohanka*, Berliner Anwaltsblatt 2005, S. 385 ff., der sich ebenfalls mit der Frage befasst, ob die Hirnforschung das Vorhandensein eines freien Willens widerlegt habe und der dies im Ergebnis verneint.

setzt der Begriff der Folter voraus, dass diese von staatlicher Seite her geschieht.⁶⁹² Jedoch sind z. B. jegliche Zwangsmaßnahmen im Verwaltungsrecht darauf gerichtet, dass der Bürger etwas tun oder unterlassen soll, was er so nicht freiwillig will. Dass Zwangsmaßnahmen des Staates ihre Berechtigung haben, liegt auf der Hand. So führt *Spirakos* aus: „Der Staat wäre ein leerer Begriff, wenn er in seinem Betätigungsbereich über Durchsetzungsmittel zur Disziplinierung seiner Untertanen nicht verfügte. Deswegen sind Zwang und Unterwerfung konstitutive Elemente, den Willen der ihm Widerstehenden zu beugen. Aufgrund dessen dürfen einige Personen, die Träger der Staatsgewalt sind und Amtsautorität besitzen, durch die Anwendung von körperlicher Gewalt die Festnahme, Vernehmung oder Einsperrung anderer Personen vornehmen.“⁶⁹³

Aus der partiellen Zulässigkeit der Willensbeugung folgt jedoch nicht, dass *jeder* Willensbruch zulässig ist.⁶⁹⁴ Vielmehr ist es an dieser Stelle notwendig, den *menschenunwürdigen* Willensbruch zu definieren. Dass die Menschenwürde nicht davor schützt, dass jeder Mensch immer das tun kann, was seinem Willen entspricht, liegt auf der Hand. Dies kommt grundlegend in Art. 2 Abs. 1 GG und den dort normierten Schranken des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Ausdruck. Ein menschenunwürdiger Willensbruch liegt danach nur dann vor, wenn der *innerste Wille* des Menschen zerbrochen werden soll. Dies ist gerade dann der Fall, wenn dem Menschen erst große Schmerzen physischer oder psychischer Art beigebracht werden müssen, damit er tut, was von ihm verlangt wird. Leichter Druck (wie z. B. die Verhängung eines Zwangsgeldes im Verwaltungsrecht) können einen Menschen zwar zu einem bestimmten Handeln veranlassen, aber nicht seinen ureigensten, innersten Willen brechen. Der innerste Wille ist gebrochen, wenn der Mensch gleich einer Maschine nicht mehr anders kann, als die von ihm verlangte Handlung – wie z. B. die Preisgabe von Informationen – auszuführen.

⁶⁹² Vgl. oben 1. Teil A I 3 d).

⁶⁹³ *Spirakos*, Folter als Problem des Strafrechts, S. 20.

⁶⁹⁴ Unklar bei *Gebauer*, NVwZ 2004, S. 1405 (1407), der zu Recht davon ausgeht, dass die Willensbeugung nicht notwendigerweise einen Eingriff in die Menschenwürde bedeutet. Er scheint daraus aber zu schließen, dass ein Eingriff in die Menschenwürde durch das willensbrechende Element insgesamt zu vernachlässigen sei. Einen Rückgriff auf die Menschenwürde sieht er nur insoweit als adäquat an, als diese das „Ergebnis historisch-praktischer Erkenntnisse“ darstellt.

(4) Einwand der Unmöglichkeit der Verletzung der Menschenwürde

Es wird eingewandt, dass die Menschenwürde in einem metaphysisch verstandenen Sinne gar nicht verletzt werden könne, da es nicht möglich sei, einem Menschen seine Würde zu nehmen.⁶⁹⁵ Es ist zutreffend, dass die Menschenwürde *als solche* dem Menschen nicht genommen werden kann, wohl aber kann der aus der Menschenwürde fließende „soziale Wert- und Achtungsanspruch“ geschmälert werden.⁶⁹⁶ Ebenso kann der inneren Persönlichkeit empfindlicher Schaden zufügt werden. Durch Folter kann jemand in seiner Entwicklung gehemmt werden, in seiner Identität zutiefst Verunsicherung erleiden, in seinem Verstand mit so gravierenden Ängsten belastet werden, dass er gelähmt und blockiert ist und sein vernunftgemäßes Handeln eingeschränkt wird. So ist eine solche Person innerlich verunsichert und in ihrer Außendarstellung mit tiefen Rissen versehen.

bb) Sonderfall der Gefahrenabwehrfolter

Ist, wie erörtert, davon auszugehen, dass Folter grundsätzlich die Menschenwürde verletzt, bleibt zu klären, ob Ausnahmefälle denkbar sind, in denen Folter die Menschenwürde *nicht* antastet. Als derartige Ausnahmefälle kommen besondere Gefahrenabwehrsituationen in Betracht, wie sie in diesem Kapitel eingangs beschrieben wurden. Fraglich ist also, ob die zur Abwehr extremer Gefahren angewandte Folter die Würde des Gefahrverursachers ausnahmslos verletzt.⁶⁹⁷

⁶⁹⁵ Nettesheim, AöR 130 (2005), S. 71 (90): „Die Vernunftsbestimmung kann dem Menschen ebensowenig genommen werden wie seine Gottesebenbildlichkeit. Wenn etwas nicht angetastet werden kann, stellt sich die in Art. 1 Abs. 1 GG angelegte Frage nach der Abwehr von beeinträchtigenden staatlichen Maßnahmen allerdings gar nicht.“; Otto, JZ 2005, S. 473 (477); Petersen, KJ 2004, S. 316 (325).

⁶⁹⁶ BVerfGE 87, 209 (228); 109, 133 (150); siehe auch Nettesheim, AöR 130 (2005), S. 71 (103): „Es geht also nicht um eine ‚Menschenwürdegarantie‘ (die Menschenwürde kann niemandem genommen werden), sondern um eine Garantie, sich seiner Autonomie zu bedienen und so seiner Würde Ausdruck zu verleihen; diese Freiheit kann angetastet werden.“

⁶⁹⁷ Es gibt dogmatisch zwei Ansätze, sich über die Zulässigkeit von Folter Gedanken zu machen: Zum einen kommt es in Betracht, auf der *Schutzbereichsebene* zu argumentieren, dass die Menschenwürde des zur Aussage Gezwungenen nicht verletzt ist. Oder man hält daran fest, dass jede Folter die Menschenwürde verletzt und fragt im Anschluss nach eventuellen *Rechtferti-*

(1) Ansätze nach *v. Winterfeld* und *v. Münch*

Erste Ansätze zu dieser Problematik finden sich hier schon im Vorgriff auf die aktuelle Folterdiskussion. So klingt die Idee, dass bei bestimmten Tätergruppen und Konstellationen ein Akt, der normalerweise einen Eingriff in die Menschenwürde bedeutet, Art. 1 Abs. 1 GG nicht verletzt, schon bei *v. Winterfeld* an. Im Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit des polizeilichen finalen Todesschusses schreibt er, „... daß der Träger unantastbarer Würde nur ein Individuum sein kann, dessen personale Existenz die Grundwerte staatlicher Ordnung achtet.“⁶⁹⁸ Diese Annahme läuft darauf hinaus, danach zu differenzieren, wer es wert ist, Träger von Menschenwürde zu sein. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es jedoch gerade das Charakteristische der Menschenwürde, dass diese jedem Menschen zukommt.⁶⁹⁹ Auch aus der – bereits kritisch beleuchteten – Position *v. Münchs* zu Art. 1 Abs. 1 GG, nach der der Schutzbereich der Menschenwürde insofern begrenzt sei, als die Amtsträger ein Verhalten an den Tag legen müssten, das Ausdruck von Verächtlichmachung ist,⁷⁰⁰ ließe sich ableiten, dass die Anwendung von Zwang zur Gefahrenabwehr die Menschenwürde nicht verletze. Unter dieser Prämisse wäre der Folter Tor und Tür geöffnet. Die gut gemeinte Absicht kann eine objektive menschenwürdeverletzende Handlung jedoch nicht neutralisieren.

gungen für eine Gefahrenabwehrfolter. Diejenigen, die auf der Tatbestands-ebene diskutieren, ob Folter zwecks Informationsgewinnung zur Abwehr von Gefahren, die durch den Terroristen gegen viele Menschen droht, überhaupt einen Eingriff in die Menschenwürde des Terroristen bedeutet, setzen sich zunächst einmal nicht dem Vorwurf aus, entgegen der zu Art. 1 Abs. 1 GG entwickelten Dogmatik eine Beschränkung der Menschenwürde zuzulassen. Hier geht es erst einmal um die Frage, ob notwendigerweise jede Folter die Menschenwürde verletzt; unter Punkt B I 3 d wird diskutiert, ob ein Eingriff in die Menschenwürde gerechtfertigt sein kann.

⁶⁹⁸ *V. Winterfeld*, NJW 1972, S. 1881 (1883).

⁶⁹⁹ Zur weiteren Kritik an *v. Winterfeld* vgl. *Krüger*, NJW 1973, S. 1 (2).

⁷⁰⁰ *V. Münch*, Staatsrecht II, Rn. 306.

(2) Ansatz nach *Herdegen*

(a) Unterscheidung zwischen Würdekern und Begriffshof

Mit der Neukommentierung des von *Dürig* geprägten Art. 1 Abs. 1 GG hat *Herdegen* mit seiner relativierenden Sicht der Menschenwürde in juristischen Fachkreisen Aufsehen erregt.⁷⁰¹ Er ist der Ansicht, dass eine Abwägung von anderen wichtigen Schutzgütern mit der Menschenwürde im Rahmen der „Konkretisierung des Würdeanspruches“ stattfinden dürfe. Ausgenommen von dieser Abwägung sei nur der enge Bereich des „Würdekerns“, der betroffen sei, wenn eine Handlung vorliege, die bereits durch die Art und Weise, wie sie vorgenommen werde, d. h. *gegenständlich-modal*, gegen die Menschenwürde verstoße. Beispiele hierfür seien Genozid und Massenvertreibung. Ebenso gebe es Maßnahmen, die allein aufgrund ihres verfolgten Zweckes eine Menschenwürdeverletzung darstellen (z. B. Rassendiskriminierung). Das Feld derjenigen Behandlungen, die entweder klar modal oder final in den Würdekern eingreifen, sei jedoch schmal. Bei allen anderen Maßnahmen, die die Menschenwürde tangieren, liege dagegen nicht automatisch eine Verletzung derselben vor. Vielmehr müsse im Rahmen einer „wertenden Gesamtwürdigung“ ermittelt und konkretisiert werden, wie weit der Würdeanspruch in der betreffenden Situation gehe. Im Bereich dieses sog. *Begriffshofes* komme es für die Beurteilung der Verletzung der Menschenwürde auf die *Zweck-Mittel-Relation* an. „Die wertende Gesamtbetrachtung bedeutet nicht, daß die Menschenwürde einfach der Abwägung mit anderen Verfassungsbelangen preisgegeben wird. Vielmehr ergibt sich der Achtungsanspruch überhaupt erst aus einer bilanzierenden Gesamtwürdigung. Der so ermittelte Würdeanspruch gilt dann *absolut*.“⁷⁰²

(b) Zuordnung der Gefahrenabwehrfolter

Fraglich ist nun, zu welchem Bereich *Herdegen* die Gefahrenabwehrfolter zählt. An dieser Stelle hat er mittlerweile klarer Stellung bezogen als noch in seiner Erstkommentierung. Er stellt nunmehr unumwunden fest, dass auch seine Theorie von Würdekern und Begriffshof die Fol-

⁷⁰¹ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rn. 43 ff., S. 69. Seit Februar 2005 liegt bereits die zweite Fassung der Neukommentierung vor, in der *Herdegen* bei Abweichungen im Einzelnen seiner Grundthese treu geblieben ist.

⁷⁰² *Herdegen*, ebd., Rn. 43.

terproblematik nicht lösen könne.⁷⁰³ An sich ist nämlich gerade die Folter ein Beispiel für eine gegenständlich-modale Verletzung der Menschenwürde in ihrem Kernbereich, bei der auch nach *Herdegen* keine Abwägung mit anderen Interessen und Gütern erlaubt ist. Im Hinblick auf die *lebensrettende* Folter verengt *Herdegen* nun aber methodisch den Würdekern weiter, wenn er schreibt: „Die Problematik solcher Eingriffe [wie der physischen Schmerzzufügung – *Einschub von Verf.*] wird verkürzt, wenn *jede* Vornahme derart willensbeugender oder willenskontrollierender Eingriffe *rein modal* beurteilt und deswegen stets – in völliger Abstraktion vom intendierten Lebensschutz – als Würdeverletzung beurteilt wird.“⁷⁰⁴ Offensichtlich unwohl bei dem Gedanken, damit den „Würdekern“ letztlich doch einer Abwägung preiszugeben, weicht er auf eine zweite Begründungsebene für die Zulässigkeit von Gefahrenabwehrfolter aus, welche letztlich nach der „Würdigkeit“ des einzelnen Menschen differenziert. *Herdegen* spricht insoweit von einer „normimmanenten Konkretisierung des Würdenanspruchs“. Diese bedeute keine Abwägung mit anderen Gütern von Verfassungsrang, sondern es bestimme sich vielmehr „das Maß der kraft der (stets gleichbleibenden) Menschenwürde geschuldeten Achtung“ nach dem Vorverhalten des betreffenden Menschen.⁷⁰⁵ Allerdings will *Herdegen* auch diesen Lösungsweg nicht unbesehen für die Gefahrenabwehrfolter beschreiten. „An ihre Grenzen stößt eine würdeimmanente Abwägung bei der finalen Schmerzzufügung (Folter) zur Rettung unmittelbar bedrohter Menschenleben in Abwesenheit erfolgsversprechender Alternativen.“⁷⁰⁶

(c) Kritische Würdigung des Ansatzes von *Herdegen*

Zunächst mag die Unterscheidung von Würdekern und Begriffshof ihre Vorzüge haben: Es bleibt ein unantastbarer Kernbereich der Menschenwürde mit dem Würdekern erhalten, es öffnet sich zugleich aber ein Raum für Abwägung mit anderen legitimen Gütern. Problematisch ist jedoch die Bestimmung dessen, was zum Kernbereich gehört und was lediglich in seine Peripherie verdrängt wird. Gerade die Folter

⁷⁰³ *Herdegen*, ebd., Rn. 45: „Das hier vorliegende Dilemma läßt sich nach verfassungsrechtlichen Maßstäben keiner befriedigenden Lösung zuführen.“

⁷⁰⁴ *Herdegen*, ebd.

⁷⁰⁵ *Herdegen*, ebd.

⁷⁰⁶ *Herdegen*, ebd.

müsste ein klassisches Beispiel für eine Kernbereichsverletzung sein. Wird hier die Abwägung eröffnet, ist die gesamte Unterteilung in „Kernbereich“ und „Begriffshof“ hinfällig. Im Hinblick auf die Folterproblematik birgt dieser Ansatz daher weder mehr Systematisierung noch eine Erleichterung in der Rechtsanwendung. Auch die „normimmanente Konkretisierung des Würdeanspruchs“, die das Maß des Würdeanspruchs vom Vorverhalten der Person abhängig macht, kann keine befriedigende Lösung sein. Sie läuft darauf hinaus, nicht jedem Menschen dieselbe Würde zuzuerkennen. Damit aber würde eine unerträgliche Lücke in den Menschenwürdeschutz gerissen.

(d) Vergleich zwischen dem Ansatz *Herdegens* und der Rechtsprechung des BVerfGs

Angesichts der bereits erwähnten⁷⁰⁷ Abwägung des BVerfG im Rahmen der Begriffsbestimmung der Menschenwürde drängt sich die Frage auf, ob die Einteilung der Menschenwürde in einen Würdekern und Begriffshof letztlich eine Dogmatisierung der Rechtsprechung des BVerfG ist.⁷⁰⁸ Das BVerfG neigt nämlich in einigen Fällen dazu, im Rahmen der Definition der Menschenwürde das Individualinteresse am Schutz der Menschenwürde mit dem Gemeinschaftsinteresse abzuwägen.⁷⁰⁹ In Erinnerung gerufen sei an dieser Stelle der Ausspruch des Gerichts: „Die Menschenwürde wird auch durch eine langdauernde Unterbringung *nicht verletzt*, wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten *notwendig* ist ... Die vom Grundgesetz vorgegebene Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums *rechtfertigen* es, unabdingbare Maßnahmen zu ergreifen, um wesentliche Gemeinschaftsgüter vor Schaden zu bewahren.“⁷¹⁰ Ob eine Maßnahme die Menschenwürde verletzt, hängt also nach dem Gericht auch davon ab, welches öffentliche Interesse hinter dieser Maßnahme steht. Dies widerspricht dem Unantastbarkeitsdogma, nach dem eine Würdeverletzung auch durch besonders hohe Güter des gemeinen Wohls nicht gerechtfertigt werden kann. Die Menschenwürdeverlet-

⁷⁰⁷ Siehe oben 2. Teil B I 3 a) bb) (2) (b).

⁷⁰⁸ Vgl. *Petersen*, KJ 2004, S. 316 (319). Siehe auch *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 221, der davon ausgeht, dass das BVerfG zwischen einer Menschenwürde im weiteren und einer Menschenwürde im engeren Sinne unterscheidet, wobei erstere (implizit) eingeschränkt wird.

⁷⁰⁹ Siehe oben 2. Teil B I 3 a) bb) (2) (b).

⁷¹⁰ BVerfGE 109, 133 (151). (Herv. v. Verf.).

zung bemisst sich allein danach, ob das zeitlich unbegrenzte Wegsperrn die Menschenwürde verletzt oder nicht. Es ergeben sich damit zwischen der relativierenden Sicht *Herdegens* und der Rechtsprechung des BVerfG insoweit Parallelen, als beide im Rahmen der Definition der Menschenwürde eine Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz der Menschenwürde und besonders wichtigen Gemeinschaftsinteressen vornehmen, wobei beide formal am Unantastbarkeitsdogma festhalten. Dennoch wäre es nicht zutreffend, *Herdegens* Theorie als bloße Dogmatisierung der Rechtsprechung zu charakterisieren. Das BVerfG geht nämlich gerade *nicht* von einer Differenzierung im Rahmen der Menschenwürde aus. Die Menschenwürde und „unantastbarer Kernbereich“ sind vielmehr dasselbe.⁷¹¹ Überdies hat die offene Einladung zur Abwägung durch *Herdegen* – wie gezeigt – so weit geführt, dass in der Konsequenz letztlich auch der Kernbereich im Falle lebensrettender Intention einer Abwägung zugeführt wird. Hier wird deutlich, dass sich die Position *Herdegens* von der Rechtsprechung maßgeblich unterscheidet, wenngleich sich das BVerfG auch vorhalten lassen muss, seine eigene Dogmatik nicht konsequent genug zu verfolgen. Diese fehlende Stringenz der Rechtsprechung rührt daher, dass sie der Versuchung erlegen ist, den Begriff der Menschenwürde zu weit zu definieren.

c) Grundsatz der Unantastbarkeit von Art. 1 Abs. 1 GG

aa) Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“

Art. 1 Abs. 1 GG ist als Reaktion auf den nationalsozialistischen Unrechtsstaat formuliert worden. Während im Dritten Reich das Volk einen höheren Stellenwert genoss als das Individuum, sollte nun dem einzelnen Menschen wieder besondere Bedeutung beigemessen werden.⁷¹² Man einigte sich dabei mit Art. 1 Abs. 1 GG auf eine Formulierung, die dem Wortlaut nach keine Beschränkung der Menschenwürde zulässt.

Auch sog. verfassungsimmanente Schranken, wie sie für andere dem Wortlaut nach uneinschränkbare Grundrechte entwickelt wurden, wer-

⁷¹¹ Vgl. hierzu BVerfGE 109, 279 (314): „... verstößt dann gegen die Menschenwürde, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht respektiert wird.“ BVerfGE 80, 367 (374).

⁷¹² *Bank*, in: EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Kap. 11, Rn. 7.

den nach ganz herrschender Meinung im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG abgelehnt.⁷¹³ Ein Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde lässt sich danach also nicht einmal durch kollidierende Grundrechte Dritter bzw. andere Güter von Verfassungsrang rechtfertigen.⁷¹⁴ Die übliche zweistufige Grundrechtsprüfung kommt bei Art. 1 Abs. 1 GG mithin nicht zum Zuge, sondern es wird nur festgestellt, welche Eingriffe die Menschenwürde verletzen.⁷¹⁵

Diese *formale* Unantastbarkeit der Menschenwürde wird jedoch in *materieller* Hinsicht teils durchbrochen. Wie gezeigt,⁷¹⁶ nimmt das BVerfG eine gewisse Abwägung zwischen dem Schutz der Menschenwürde und kollidierenden Grundrechten Dritter bzw. wichtigen Gemeinschaftsinteressen im Rahmen der *Definition* vor. Auch in der *Literatur* werden neuerdings Stimmen laut, die die Menschenwürde inhaltlich der Abwä-

⁷¹³ *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 92: „Die Definition des Verletzungstatbestandes enthält bereits die Vorrangentscheidung zugunsten der Würde des Menschen. Eine gerechtfertigte Einschränkung des Art. 1 Abs. 1 GG kann es nicht geben.“; *Isensee*, AöR 131 (2006), S. 173 (175); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4: „Jeder Eingriff in den Schutzbereich ist *verfassungswidrig*, die Frage nach seiner ausnahmsweisen Legitimation falsch gestellt ...“; *Wittreck*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 37 (45 f.).

⁷¹⁴ *Dreier*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 132; *Höfling*, JuS 1995, S. 857 (859); *ders.*, in: Sachs, Rn. 11; *Husmann*, VR 2004, S. 109 (112); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4; BVerfGE 75, 369 (380).

⁷¹⁵ *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 92: „Die Definition des Verletzungstatbestandes enthält bereits die Vorrangentscheidung zugunsten der Würde des Menschen. Eine gerechtfertigte Einschränkung des Art. 1 Abs. 1 GG kann es nicht geben.“; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rn. 69; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4; *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 178: „Damit durch diesen absoluten Schutz andere verfassungsrechtliche Güter (Grundrechte Dritter oder Gemeinschaftsbelange) nicht unangemessen zurückgesetzt werden, müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen restriktiv gefaßt werden, so daß Beeinträchtigungen der Menschenwürdegarantie nur anzunehmen sind, wenn sie unter keinen Umständen rechtfertigungsfähig scheinen.“; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1, Rn. 34: „Die rechtsdogmatische Unterscheidung zwischen Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken (...) gilt im Rahmen der Menschenwürdegarantie nicht. Der Menschenwürdeschutz steht und fällt mit der richtigen Definition des Garantiegehalts.“; a. A. *Kloepfer*, JZ 2002, S. 417 (422 f.); *ders.*, in: Festgabe BVerfG, Bd. 2, S. 405 (411 ff.).

⁷¹⁶ Siehe oben 2. Teil B I 3 b) bb) (2) (d).

gung mit anderen Rechtsgütern preisgeben, wohl aber noch nach außen hin an dem Unantastbarkeitsdogma festhalten.⁷¹⁷

bb) Auslegung nach Herzberg: Antastbarkeit der Menschenwürde

(1) These

Im Gegenstrom zu der herkömmlichen Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG hat jüngst *Herzberg* für die Auflösung des Unantastbarkeitsdogmas plädiert und den „Absolutheitsglauben“ der tradierten Lehre und Rechtsprechung kritisiert.⁷¹⁸ In Anlehnung an die anderen Grundrechte solle eine Verletzung der Menschenwürde nur dann vorliegen, wenn der Eingriff in die Menschenwürde nicht rechtmäßig war, d. h. nicht von einem Gesetz gedeckt ist, das seinerseits nicht im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 GG steht.⁷¹⁹ Folgerichtig lässt *Herzberg* das Absolutheitsverbot der Folter fallen und wägt die Nützlichkeit der Folter mit einem Eingriff in die Menschenwürde ab: „In solchen Fällen des äußersten Notstandes und der Gefahr für hunderte von Menschenleben scheint es mir auch für unsere Rechtsordnung denkbar, dass sie die Folter als letztes Rettungsmittel zuließe. Wer dagegen das Grundrecht der Menschenwürde ins Feld führt, muss sich antworten lassen, dass man der ‚Würde‘ eines Verbrechers, der schuld an der Katastrophe wäre, auch durch extreme Pression, *wenn sie nur nötig ist*, nicht zu nahe tritt, oder, bejaht man die Antastung seiner Würde (was Geschmackssache und ein Streit um Worte ist), er sie sich eben um viel höherer Werte willen gefallen lassen muss.“⁷²⁰ *Herzberg* verteidigt seine These unter

⁷¹⁷ Vgl. hier vor allem *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rn. 43 ff., 69 (siehe oben 2. Teil B I 3 b) bb) (2)); *Brugger*, JZ 2000, S. 165 (169); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79; *Kloepfer*, in: Festgabe BVerfG, Bd. 2, S. 405 (412 ff.), der wohl eine gewisse Rechtfertigungsmöglichkeit für Eingriffe in Art. 1 Abs. 1 GG für möglich hält. Eine instruktive Übersicht über die „Struktur der Menschenwürde“ findet sich bei *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, S. 215 ff.

⁷¹⁸ *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 ff.

⁷¹⁹ *Herzberg*, ebd., S. 321 (324): „Ein demütigender Eingriff verletzt die Menschenwürde, wenn das Recht ihn nicht legitimiert oder ihn zwar legitimiert, aber die Gestattung unverhältnismäßig ist.“

⁷²⁰ *Herzberg*, ebd., S. 321 (324).

anderem damit, dass sie nur das festschreibt, was ohnehin Praxis ist und dass es anders nicht ginge.⁷²¹

(2) Diskussion der These

Herzberg begeht mit seiner neuen These einen Tabubruch, der noch vor gut zehn Jahren undenkbar, völlig indiskutabel gewesen wäre. „*Die Unantastbarkeit der Menschenwürde blieb in der juristischen Diskussion unangetastet*“ beschreibt Poscher die fachliche Diskussion Anfang der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts.⁷²² Wegbereitend für Herzbergs neuen Ansatz sind vor allem Luhmann,⁷²³ Brugger⁷²⁴ und Herdegen⁷²⁵ gewesen, die nach und nach an dem rüttelten, an dem zuvor niemand zu rütteln wagte. Während Herdegen die Beschränkung der Menschenwürde noch innerhalb der Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG vornahm, setzt sich Herzberg über die Unantastbarkeit der Menschenwürde gänzlich hinweg und gleicht Art. 1 Abs. 1 GG dogmatisch den anderen Grundrechten an. Wie schon Brugger, gibt auch Herzberg die Menschenwürde der „Abwägungslogik“ preis und entthront damit den Art. 1 Abs. 1 GG.⁷²⁶ Wie jedoch die mit der sog. Ewigkeitsklausel garantierte Unantastbarkeit der Menschenwürde mit einer Einschränkung durch einfache Gesetze, wenngleich unter dem Vorbehalt von deren Verhältnismäßigkeit, vereinbar sein soll, ist nicht erkennbar. Der Menschenwürdeschutz wird nicht nur dezimiert, sondern völlig ausgehöhlt. Am Beispiel der Prügelstrafe will Herzberg zeigen, dass dem Gesetzgeber doch noch Grenzen gesetzt seien: Würde z. B. die Prügelstrafe in das JGG aufgenommen werden, so wäre ein hierauf gegründetes Urteil

⁷²¹ Herzberg, ebd., S. 321 (324): „Aber es ist eben eine Illusion, zu glauben, dass es anders ginge. Der Wert der Menschenwürde hat in Wahrheit nicht die Sonderstellung, die man ihm allgemein zuschreibt. Man schafft nur den *Anschein* einer solchen durch die Sprachregelung, dass nichts die Menschenwürde auch nur antaste, was an Herabsetzung zum bloßen Maßnahmeobjekt, an Unterdrückung und Demütigung nach geltendem Recht erlaubt ist.“

⁷²² Poscher, JZ 2004, S. 756 (758).

⁷²³ Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?

⁷²⁴ Brugger, VBlBW 1995, S. 414 (449 ff.); ders., Der Staat 35 (1996), S. 67 (79 ff.); ders., JZ 2000, S. 165 (169); ders., AJCL 48 (2000), S. 661 (671 f.).

⁷²⁵ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rn. 43 ff. (siehe oben 2. Teil B I 3 b) bb) (2)).

⁷²⁶ Vgl. zu der durch Brugger in Gang gebrachten Entwicklung Poscher, JZ 2004, S. 756 (758), der von „Abwägungslogik“ spricht.

„zwar vom Gesetz gedeckt, aber trotzdem als Missachtung der Menschenwürde angreifbar, weil die krasse Demütigung, die das Gesetz zuließe, schlechthin entbehrlich, d. h. durch eine minder entwürdigende und zweckdienlichere generell ersetzbar ist.“⁷²⁷ Was aber, ließe sich nun nachweisen, dass es gerade die körperliche Züchtigung ist, die mehr Erfolg verspricht als eine Freiheitsstrafe, da letztere den Täter durch Kontakt zur Szene nicht zur Gesetzestreue zu erziehen vermag, während Prügel dem Täter sein Unrecht spürbar machen? Im Übrigen werden die harten Körperstrafen im Islam gerade wegen ihrer generalpräventiven Wirkung gerühmt.⁷²⁸

d) Ausnahme von der Unantastbarkeit der Menschenwürde bei Kollision von Lebens- und Würderecht eines Dritten

Obwohl die ganze h. M. entgegen *Herzberg* davon ausgeht, dass die Menschenwürde nicht einschränkbar sei, bleibt es fraglich, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn die Würde des Täters mit der Würde des durch den Täter bedrohten Opfers kollidiert. Konkret steht in Frage, ob die Würde eines Entführers oder Terroristen durch Folter ange-tastet werden darf, wenn dies dem Schutz der Würde des durch den Straftäter bedrohten Opfers dient.

aa) Konstellation der Würdekollision

An dieser Stelle muss zwischen einer „echten“ Würdekollision und der bloßen Kollision von Würde und Leben unterschieden werden. Diese Unterscheidung wird im Schrifttum nicht immer vorgenommen.⁷²⁹ Teilweise wird angenommen, dass eine Konstellation aufeinander treffender

⁷²⁷ *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 (323).

⁷²⁸ Siehe unten 4. Teil A I 4. c) dd) (1) (b) (aa).

⁷²⁹ Dies wird auch von *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (878), kritisiert. *Brugger*, AJCL 48 (2000), S. 661 (672), argumentiert zweispurig (Leben und Menschenwürde als gleichrangig oder aber – „darüber hinaus“ – die Annahme, dass auch die Menschenwürde der Opfer in Gefahr steht); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79: „Dem aus der Menschenwürde fließenden Folterverbot ... steht die Bedrohung der Menschenwürde der durch die Massenvernichtungsmittel oder die scharfe Bombe konkret gefährdeten Menschen oder der gefangen gehaltenen Geisel gegenüber, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Bedrohung des Lebens der Geisel mit weiteren besonderen menschenunwürdigen Umständen ... verbunden ist.“

Würdeansprüche bereits dann vorliege, wenn ein Straftäter das Leben anderer Menschen bedroht. Eine solche Sicht stellt Lebens- und Würdeschutz auf eine Stufe.⁷³⁰ Danach steht der Würdeanspruch des Täters mit dem des Opfers in Konflikt, wenn durch den Einsatz von Folter diejenigen Informationen gewonnen werden können, die das bedrohte Leben retten würden. Wie bereits dargelegt, ist der Schutz des Lebens aber nicht mit dem Würdeschutz gleichzusetzen. Allein die Tatsache der Tötung bedeutet noch keine Antastung der Menschenwürde.⁷³¹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Recht auf Leben unterhalb des Rechts auf Menschenwürde angesiedelt,⁷³² so dass das Recht auf *Leben* eines Opfers *keine* Rechtfertigung für eine Menschenwürdeverletzung durch Folter gegenüber einem Straftäter sein kann.⁷³³

Vielschichtiger ist die Frage, ob im Falle einer „echten Würdekollision“ Folter ausnahmsweise zulässig ist. Teilweise wird bestritten, dass eine Würdekollision überhaupt denkbar sei.⁷³⁴ Das zuerst von *Brugger* for-

⁷³⁰ *Starck*, ebd., Art. 1 Abs. 1, Rn. 79; *Kloepfer*, JZ 2002, S. 417 (423): Menschenwürde folge aus dem Grundrecht Leben oder baue auf diesem auf; *ders.*, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken, S. 412, der jedenfalls vom Leben als dem höchsten Wert ausgeht; wohl auch *Brugger*, VBIBW 1995, S. 414 (450).

⁷³¹ *Höfling*, in: *Sachs*, Art. 1, Rn. 11: „Ein Eingriff in das Schutzgut ‚Leben‘ indiziert deshalb auch keineswegs zwingend eine Menschenwürdeverletzung.“; *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 228; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 366.; *Kretschmer*, Recht und Politik 2003, S. 102 (108); *Lerche*, in: FS Mahrenholz, S. 515 (519); *Merten*, JR 2003, S. 404 (407); *Steiner*, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz, S. 13; *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (878): „Die Verfechter einer in Ausnahmekonstellationen zulässigen Folter zum Zwecke des Lebensschutzes operieren damit mit derselben Ineinssetzung von Würde- und Lebensschutz, die auch die aktuelle bioethische Diskussion mehr vernebelt als erhellt.“

⁷³² Vgl. hierzu oben 2. Teil B I 3 a) ee).

⁷³³ Gegen Einschränkung des Art. 1 Abs. 1 GG durch das Recht auf Leben aus Art. 2 II GG auch: *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 365 f.; wohl auch *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 172; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 46; *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 132; a. A. v. *Münch*, Staatsrecht II, Rn. 306; *Kloepfer*, in: Festgabe BVerfG, Bd. II, S. 405 (411 ff.).

⁷³⁴ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1, Rn. 4: „... solche Fälle dürfte es nicht geben, weil eine zum Schutz der Würde eines Menschen gebotene Maßnahme die Würde eines anderen Menschen nicht ‚antastet‘.“; ebenso *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 365: „... diese Rechtfertigung ist im Ansatz verfehlt, weil die Einzelnen zwar mit ihren Interessen und Handlungen, aber nicht mit ihrer

multierte Argument lautet, dass der Staat im Falle einer Würdekollision foltern dürfe, um seiner Schutzpflicht im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber den bedrohten potentiellen Opfern nachzukommen.⁷³⁵ Fraglich bleibt aber, unter welchen Voraussetzungen eine solche Würdekollision vorliegt. Da allein die Lebensbedrohung der Opfer nicht ausreicht, müssen weitere Umstände hinzutreten, die einen spezifischen Angriff auf die Menschenwürde darstellen. In Betracht kommt die besonders schmerzhafteste, langwierige oder degradierende Art der Tötung. Wird beispielsweise das Entführungsoffer in einem Erdloch festgehalten, wo es langsam verdurstet, erfriert oder dergleichen, so sind dies entwürdigende Umstände. Ebenso ist es menschenunwürdig, wenn das Entführungsoffer in eine Kiste verbracht und mit Stromschlägen gequält wird, denen es schließlich erliegt.⁷³⁶ Teils wird auch darin eine Menschenwürdeverletzung gesehen, dass ein die Stadt mit einer chemischen Bombe bedrohender Terrorist die Einwohner „als Mittel zum Zweck missbraucht, als bloße Objekte benutzt“ sowie ihre „Selbstbestimmung“ und ihren „sozialen Wert- und Achtungsanspruch“ in Abrede stellt.⁷³⁷ Dies ist zwar nicht völlig von der Hand zu weisen, jedoch besteht hier die Gefahr, dass eben jene Kriterien der Benutzung „als Mittel zum Zweck“ und der Nichtachtung des Wertes eines anderen Menschen zu einer fast uferlosen Ausdehnung der Einschränkung der

Menschenwürde in Kollision geraten.“; a. A. *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 133 m. w. N.

⁷³⁵ *Brugger*, VBlBW 1995, S. 414 (449 ff.); *ders.*, Der Staat 35 (1996), S. 67 (79 ff.); *ders.*, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, S. 23 f.; *ders.*, AJCL 48 (2000), S. 661 (671 f.); *ders.*, JZ 2000, S. 165 (169); *ders.*, Das andere Auge, FAZ Nr. 58 v. 10.3.2003 sowie fast wortgleicher Abdruck dieses Artikels in: *Nitschke* (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?, S. 107 (112). Ähnlich schon *v. Münch*, Staatsrecht II, Rn. 306: „Schließlich kann ausnahmsweise ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts der Menschenwürde gerechtfertigt sein, um den Schutz des Grundrechts auf Leben zu sichern“. Nunmehr auch *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 44, 132 f.; *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (880 ff.); *Götz*, NJW 2005, S. 953 (956); ferner *Gebauer*, NVwZ 2004, S. 1405 (1407); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 1, Rn. 12; *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 155 ff.

⁷³⁶ Vgl. hierzu auch *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (879 f.).

⁷³⁷ So *Brugger*, VBlBW 1995, S. 414, 446 (450) und auch *Erb*, Jura 2005, S. 24 (27); a. A. *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (48), der davon ausgeht, dass auch in der „Ticking-bomb“-Situation die Würde nur mit dem Lebensrecht kollidiert.

Menschenwürde führen könnten.⁷³⁸ Entscheidend ist, dass Situationen denkbar sind, in denen ein Straftäter die Menschenwürde anderer konkret bedroht⁷³⁹ und dass es ebenso denkbar ist, dass diese Bedrohung durch Anwendung von Folter mit hoher Wahrscheinlichkeit eliminiert werden könnte.

bb) Schutzpflicht als Schranke für die Menschenwürde

Die beschriebenen Fälle von Würdekollisionen haben ein besonderes charakteristisches Merkmal: Während die Würde der Opfer „nur“ *durch den Straftäter* bedroht wird, liegt in der Folter zwecks Informationsgewinnung eine Menschenwürdeverletzung *durch den Staat*. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG enthält gleichermaßen ein an den Staat gerichtetes Verletzungsverbot wie Schutzgebot: daher ist zu klären, in welchem Verhältnis Verletzungsverbot und Schutzpflicht stehen. Fraglich ist, ob die Schutzpflicht bezüglich der Menschenwürde eine Schranke für die Pflicht, die Menschenwürde nicht zu verletzen, sein kann.

(1) Verhältnis der Grundrechte als Abwehrrechte zu staatlichen Schutzpflichten

Das Verhältnis von Grundrechten als Abwehrrechten und von Grundrechten als staatlichen Schutzpflichten ist nicht abschließend geklärt.⁷⁴⁰ Teilweise wird angenommen, dem Staat obliege gegenüber dem Bürger eine umfangreiche Schutzpflicht als Korrelat zu seinem Gewaltmonopol.⁷⁴¹ Dennoch sprechen die besseren Argumente dafür, grundsätzlich den Abwehrrechten gegenüber den Schutzpflichten eine höhere Priorität zuzuerkennen. Historisch gesehen entstand die Idee der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat weit *vor* der Erkenntnis, dass – gleichsam umgekehrt – der Staat aus den Grundrechten auch zum

⁷³⁸ Vgl. zur den Grenzen der Objektformel in diesen Fällen auch *Wittreck*, in: Gehl (Hrsg.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?*, S. 37 (50).

⁷³⁹ *Fahl*, JR 2004, S. 182 (185), konstruiert z. B. den Fall der „an den Opfern dauernd und wiederholt verübten Massenvergewaltigungen“.

⁷⁴⁰ Vgl. hierzu die grundsätzliche Darstellung bei *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 262 ff.

⁷⁴¹ *Steinke*, Kriminallistik 2005, S. 229 (230 f.); vgl. auch rechtsphilosophische Erwägungen bei *Fahl*, JR 2004, S. 182 (189).

Schutz der Bürger verpflichtet sein kann.⁷⁴² Aber auch unabhängig von der geschichtlichen Entwicklung wird allgemein angenommen, dass Grundrechte vor allem „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“ seien.⁷⁴³ Teilweise weist hierauf schon die negative Formulierung der Grundrechte hin (so Art. 4 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG). Hinzu kommt, dass die abwehrrechtliche Komponente weit klarer umrissen ist als die Schutzverpflichtung des Staates. Nach dem BVerfG kommt dem Staat „bei der Erfüllung dieser Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen ... Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, daß allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann“.⁷⁴⁴ Die Anforderungen an einen subjektiven Anspruch auf das Tätigwerden des Staates im Rahmen einer grundrechtlichen Schutzpflicht sind somit hoch.⁷⁴⁵ Während das Abwehrrecht auf ein ganz konkretes Unterlassen des Staates gerichtet ist, gibt es für die Schutzpflicht zumeist mehr als eine Möglichkeit, diese zu erfüllen. Aus diesem unterschiedlichen Grad an Bestimmtheit folgt eine unterschiedlich starke Verpflichtung für den Staat.⁷⁴⁶

⁷⁴² BVerfGE 7, 198 (204 f.); v. Münch, in: v. Münch/Kunig, Vorb., Art. 1 – 19, Rn. 16; differenzierend: Dreier, in: Dreier, GG-Kommentar, Vorb., Rn. 85. Entwicklung der Grundrechte als Schutzpflichten durch das BVerfG: „Schwangerschaftsabbruch“: BVerfGE 39, 1 (42 ff.); „Schleyer“: 46, 160 (164 f.); „Kalkar“: 49, 89 (132); „Mülheim-Kärlich“: 53, 30 (57 ff.); „Fluglärm“: 56, 54 (73 ff.); „Schwangerschaftsabbruch“: 88, 203(251 ff.). Kritisch gegenüber diesem historischen Argument: *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 158.

⁷⁴³ Siehe nur Dreier, in: Dreier, GG-Kommentar, Vorb., Rn. 84.

⁷⁴⁴ BVerfGE 77, 170 (214 f.); vgl. zur Unbestimmtheit der Schutzpflichten auch BVerfGE 96, 56 (64) (Anspruch des Kindes auf Nennung des Namens seines Vaters); zuletzt im Urt. v. 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, Rn. 138.

⁷⁴⁵ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 2, Rn. 56.

⁷⁴⁶ Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 (558). Die Autoren folgern aus dieser unterschiedlichen Spezifikation sowie aus der Tatsache, dass die Schutzpflicht auf einen Vollzug angewiesen ist, dass die Schutzpflicht dem Abwehranspruch untergeordnet ist: „In diesem Sinne läßt sich der auf Bewahrung gerichtete Abwehranspruch als strukturell primär auffassen, zu dem – inhaltlich gleichermaßen verbindlich – erst ‚darüber hinaus‘ der auf Herstellung gerichtete Schutzanspruch tritt.“; ebenso Welsch, BayVBl 2003, S. 481 (484): „unterschiedliches Maß an Verbindlichkeit“.

(2) Verhältnis von Abwehrrecht und Schutzpflicht bei Art. 1 Abs. 1 GG

(a) Besonderheit der ausdrücklichen Verankerung der Schutzpflicht in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG

Unabhängig davon aber, wie grundsätzlich das Verhältnis der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte zur schutzrechtlichen Dimension zu beurteilen ist, stellt sich die Situation hinsichtlich des Grundrechts der Menschenwürde⁷⁴⁷ etwas anders dar. In Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG wird nämlich nicht nur eine Achtungs-, sondern auch eine Schutzpflicht ausdrücklich angeordnet. Damit wird hinsichtlich der Menschenwürde die Schutzfunktion aufgewertet und steht – dem Wortlaut nach – gleichrangig neben der abwehrrechtlichen Komponente. Teilweise wird daraus gefolgert, dass Schutz- und Abwehrpflicht bei Art. 1 Abs. 1 GG einander gleichwertig gegenüberstünden.⁷⁴⁸ Eine solche Schlussfolgerung ist indes zu voreilig. Während nämlich die Verpflichtung, die Menschenwürde nicht anzutasten, absolut gilt, sprechen erhebliche Bedenken dagegen, diese Absolutheit auch für die Schutzverpflichtung des Staates anzunehmen. Eine umfassende Schutzpflicht im Hinblick auf die Menschenwürde seiner Bürger kann der Staat bereits aus rein tatsächlichen Erwägungen heraus nicht erfüllen. Eine solche Schutzpflicht setzte nämlich voraus, dass es dem Staat möglich wäre, in jegliche Privatsphäre Einblick zu erhalten. Gerade im engsten privaten Bereich ereignen sich mitunter die größten Angriffe auf die Würde des Menschen. In den meisten Fällen, in denen Private sich untereinander menschenwürdeverletzend begegnen, wird der Staat keine Kenntnis von dem Vorfall erhalten. Selbst wenn er später davon erfährt, könnte er seiner Schutzpflicht bereits nicht mehr nachkommen. Neben dieser Unmöglichkeit, eine derartige staatliche Schutzpflicht auch nur in An-

⁷⁴⁷ Zum Rechtscharakter der Menschenwürde vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rn. 42.

⁷⁴⁸ Für eine Gleichwertigkeit von Abwehrrecht und Schutzpflicht des Staates in Bezug auf die Menschenwürde plädieren: *Ekardt*, *Neue Justiz* 2006, S. 64 (65); *Götz*, *NJW* 2005, S. 953 (955); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79; *Wittreck*, *DÖV* 2003, S. 873 (880); *ders.*, in: Gehl (Hrsg.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?*, S. 37 (51 f.); *Wagenländer*, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, S. 155 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, § 21 III 2, S. 209; wohl auch *Dreier*, in: *Dreier*, Art. 1, Rn. 133. Gegen eine Gleichwertigkeit: *Geddert-Steinacher*, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, S. 83; *Merten*, *JR* 2003, S. 404, 407; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, Rn. 365; *Welsch*, *BayVBl* 2003, S. 481 (484); wohl auch *Lerche*, in: *FS Mahrenholz*, S. 515 (518 f.).

sätzen zu erfüllen, kann es auch nicht gewollt sein, dass sich der Staat so weit in die privaten Verhältnisse der Bürger einmischt. Nicht nur die Kontrollbefugnisse, sondern auch die Eingriffsbefugnisse müssten ein Maß erreichen, das jede Privatsphäre verdrängen würde. Der Unterschied zwischen dem Recht des Bürgers, durch den Staat nicht (aktiv) in seiner Menschenwürde verletzt zu werden, und dem Anspruch auf Schutz der Menschenwürde vor Übergriffen anderer besteht also darin, dass der Staat sein eigenes Handeln leichter kontrollieren kann als das der Privaten und dass es gerade das aus der Menschenwürde fließende Recht auf Schutz der engsten Privatsphäre ist, welches mit einer so umfassenden Schutzverpflichtung des Staates in Konflikt geraten würde.

Überdies lässt sich noch ein weiteres Argument gegen die Gleichwertigkeit von Abwehr- und Schutzfunktion des Art. 1 Abs. 1 GG anführen. Die Menschenwürde ist nämlich, wie gesehen, ein in besonderem Maße abstrakter Begriff. Es ist schon schwierig genug, sich darauf zu verständigen, in welchen Fallgruppen *staatlichen* Handelns eine Verletzung der Menschenwürde anzunehmen ist. Wollte man aber die Schutzpflicht des Staates gegenüber privaten Übergriffen in Fallgruppen definieren, wäre dies ein kaum mögliches Unterfangen.

Das BVerfG hat – wie bereits erwähnt⁷⁴⁹ – bei der Konkretisierung der Maßnahmen, die der Staat im Rahmen seiner grundrechtlichen Schutzpflichten ergreifen muss, Zurückhaltung geübt. Nur unter besonderen Umständen könne die Gestaltungsfreiheit derart geschmälert sein, dass sie sich auf eine *bestimmte* Maßnahme konkretisiere. Zu erwägen ist, ob von einer solchen Ermessensreduktion für den Fall auszugehen ist, dass der Schutz Dritter nur noch durch Folterung erreicht werden kann. Zunächst bleibt festzuhalten, dass es bereits sehr riskant ist, von einer Konstellation auszugehen, in der wirklich *nur noch* die Folter zum Ziele führt und in der man überhaupt annehmen kann, *dass* sie noch zum Ziele führt (im Frankfurter Entführungsfall⁷⁵⁰ ging das LG Frankfurt a. M. davon aus, dass noch nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft worden waren; im Übrigen war in diesem Falle das Entführungsoffer schon tot, so dass auch die schlimmste Folter nichts mehr zur Gefahrenabwehr hätte beitragen können). Selbst im *Schleyer-Fall*, in dem fest zu erwarten war, dass nur noch die Freilassung der Terroristen die Ermordung des Entführungsopfers hätte verhindern können, sah das BVerfG eine Ermessensreduktion auf die Freilassung hin *nicht* als gegeben an.

⁷⁴⁹ Siehe oben 2. Teil B I 3 d) bb) (1).

⁷⁵⁰ LG Frankfurt a. M., NJW 2005, S. 692.

Vielmehr gab es die Sicherheit auch der übrigen Bevölkerung sowie das wichtige Gut der Nichterpressbarkeit des Staates zu berücksichtigen.⁷⁵¹ Diese Erwägungen müssen auch für die hier in Frage stehenden Fälle der Gefahrenabwehrfolter gelten: Eine Schutzpflicht des Staates zugunsten der bedrohten Bevölkerung kann nicht soweit gehen, dass sich der Rechtsstaat selbst aufgeben muss. Der Staat bleibt daran gebunden, dass er selbst nicht in Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen darf, auch nicht zum Schutze anderer. Jede Handlung des Staates muss verfassungskonform bleiben.⁷⁵² In der Pflicht verfassungskonformen Handelns liegt auch der Grund, warum ebenso die (umstrittene) Figur des Untermaßverbotes zu keinem anderen Ergebnis führen kann.⁷⁵³ Das Untermaßverbot wurde, zurückgehend auf *Canaris*⁷⁵⁴ und *Isensee*,⁷⁵⁵ vom BVerfG im zweiten Abtreibungs-Urteil⁷⁵⁶ herangezogen, um den Konflikt zwischen der werdenden Mutter und dem ungeborenen Kind zu lösen. Das Untermaßverbot besagt, dass der Staat zur Erfüllung der Schutzpflicht „ausreichende Maßnahmen“ ergreifen müsse, „die dazu führen, dass ein – *unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter* – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird“.⁷⁵⁷ Die Pflicht zur Berücksichtigung der entgegenstehenden Rechtsgüter zeigt bereits, wo die Schranke für das Untermaßverbot liegt. Das der Schutzpflicht entgegenstehende Rechtsgut ist im Falle der Folter die Menschenwürde des Gefolterten. Da die Menschenwürde nicht einschränkbar ist, die Folter aber die Menschenwürde verletzt, führt die Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter dazu, dass der Staat *nicht* durch das Untermaßverbot verpflichtet wird, den Erpresser zugunsten der Terroropfer zu

⁷⁵¹ BVerfGE 46, 160 (165).

⁷⁵² Siehe auch *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (484); *Stemmler*, Das „Neminem-laedere-Gebot“, S. 220; *Merten*, JR 2003, S. 404 (407) m. w. N. in Fn. 48; *Saliger*, ZStW 116 (2004), S. 35 (47); *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (496); vgl. auch Urteil des BVerfG v. 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, Rn. 138.

⁷⁵³ Umstritten ist, ob die Figur des „Untermaßverbotes“ überhaupt eine eigene Kategorie gegenüber dem Übermaßverbot darstellt, d. h. ob das Untermaßverbot eine sachliche Berechtigung hat. Eine aktuelle Auseinandersetzung findet sich bei *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 310 ff. (mit ausführlicher Literaturübersicht in Fn. 663 und 664).

⁷⁵⁴ *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201 (228).

⁷⁵⁵ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. V, § 111, Rn. 165, S. 143 (232 f.).

⁷⁵⁶ BVerfGE 88, 203 (LS 6).

⁷⁵⁷ BVerfGE 88, 203 (LS 6) (Herv. v. Verf.).

foltern.⁷⁵⁸ *Roxin* formuliert es prägnant: „Es muss demnach dabei bleiben, dass die Hilfespflicht des Staates endet, wenn sie nur erfüllt werden könnte, indem er sich als Rechtsstaat aufgibt.“⁷⁵⁹

(b) Kausalität des Täterverhaltens für die Würdebedrohung der Opfer

Problematisch ist, wie die Tatsache rechtlich zu bewerten ist, dass die Würdegefahr für die Opfer gerade von dem *Täter* herrührt, dessen Menschenwürde durch Folter nicht angetastet werden darf. Teils wird gefordert, dass dieser Zusammenhang im Rahmen einer „Abwägung der konkret kollidierenden Würdeantastung nach ihrer Verletzungstiefe (und Dauer)“ berücksichtigt werden müsse.⁷⁶⁰ Eine solche Abwägung aber setzt voraus, dass es nachvollziehbare Abwägungskriterien gibt. Hier könnte erwogen werden, die Zahl der Opfer gegenüberzustellen, z. B. nur *ein* Mensch, der gefoltert wird im Vergleich zu mehreren Menschen, die durch den Straftäter bedroht werden. Im deutschen Recht gibt es allerdings den Grundsatz, dass eine Aufrechnung von Leben gegeneinander unzulässig ist.⁷⁶¹ Ebenso wie die „Quantität“ ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium ist, scheidet auch eine Unterscheidung nach der „Qualität“ der Person aus. Wollte man danach differenzieren, wer sich ehrenwerter verhalten hat, so würde man in Abrede stellen, dass die Menschenwürde jedem Menschen aufgrund seines Menschseins, nicht aufgrund seiner Leistung, zukommt.⁷⁶² Das Unverletzliche, Unantastbare und Kostbare der Menschenwürde bliebe auf der Strecke.

⁷⁵⁸ Vgl. auch *Roxin*, in: FS Eser, S. 461 (466): „Zwar ist der Staat verpflichtet, Leben und Menschenwürde seiner Bürger so weit wie möglich zu schützen. Aber nur so weit wie möglich: Der Schutz kann immer nur in den Grenzen gewährt werden, die dem Handeln des Rechtsstaates gesetzt sind. Zu diesen Grenzen gehört an oberster Stelle das Folterverbot.“

⁷⁵⁹ *Roxin*, ebd., S. 461 (467).

⁷⁶⁰ Vgl. *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873, 880. Gegen Güterabwägung: *Merten*, JR 2003, S. 404 (406): „Die Antastung der Menschenwürde ist einer Güterabwägung schlechthin nicht zugänglich.“; vgl. auch BVerfGE 75, 369 (380).

⁷⁶¹ *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, § 16, Rn. 33 f.

⁷⁶² *Vitzthum*, JZ 1985, S. 201 (204): „Im übrigen darf sich der Staat auch dem übelsten Missetäter gegenüber nie menschenwürdefeindlich verhalten. Weder dem staatlichen Amtsträger noch dem einzelnen Bürger ist es gestattet, sich auf das Niveau des Übeltäters zu begeben. Auch der Massenmörder ist nicht ‚Kreatur‘, sondern Mensch.“

Allein die Tatsache, dass der zu Folternde für die Situation verantwortlich ist, greift ebenso nicht als Abwägungskriterium, weil dieser Umstand überhaupt erst die Frage nach der Abwägung aufgeworfen hat. Das heißt, dass in Fällen, wo jemand für die Würdegefahr Dritter nicht verantwortlich ist, eine Abwägung von vornherein ausscheidet, mithin gar nicht in Betracht zu ziehen ist.

Bleibt noch das von *Brugger* vorgebrachte Argument zu prüfen, dass sich der Erpresser dem Eingriff entziehen kann, das Opfer aber nicht. Dem Erpresser sei somit rechtmäßiges Verhalten zumutbar.⁷⁶³ Die Überzeugungskraft dieses Argumentes hält allerdings näherer Betrachtung nicht stand. Danach könnte jedes totalitäre Regime argumentieren, dass sich das Folteropfer dem Eingriff entziehen könne, wenn es nur dem nachkomme, was der Staat verlange. Allein die Tatsache, dass der Mensch durch sein Verhalten den Staat dazu bewegen kann, Folter unnötig zu machen, kann demnach nicht zählen. Allenfalls die Verknüpfung der Elemente der Verantwortlichkeit des Täters für die Situation des Opfers mit der Tatsache, dass sich der Täter durch Preisgabe der Informationen der Folter entziehen kann, könnte ein tragfähiges Argument bilden. Stellt man aber allein auf die Verknüpfung ab, so gilt das bereits Gesagte: Die Verknüpfung ermöglicht erst das Nachdenken über eine Abwägung der betroffenen Würdeansprüche und kann somit nicht als Argument für die Einschränkung der Würde des Täters in Anspruch genommen werden.

Eine Abwägung der Menschenwürde trägt die Gefahr eines „Wettlaufs der Barbarei“ in sich.⁷⁶⁴ Der Staat begegnet dem Terroristen bzw. Straftäter mit denselben Methoden, die dieser einsetzt und weswegen dieser gerade verurteilt werden soll. Begibt sich der Staat auf diese Stufe, so verliert er seinen moralischen Anspruch, mit dem er dem Täter begegnet.⁷⁶⁵ Die Menschenwürde ist nicht irgendeine Norm, sondern „die Grundlage moralischer und rechtlicher Normen überhaupt“, die nicht aufgegeben werden darf und kann, ohne generell „normative Verbindlichkeiten zwischen Menschen“ zu gefährden.⁷⁶⁶ Genau in diesem

⁷⁶³ *Brugger*, VBlBW 1995, S. 414, 446 (451).

⁷⁶⁴ *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 8.

⁷⁶⁵ Zum Zusammenhang von Recht und Moral siehe unten 2. Teil B III.

⁷⁶⁶ *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 6.

Punkt zeigt sich, was die „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde ausmacht.⁷⁶⁷

cc) Zwischenergebnis

Es sind Situationen vorstellbar, in denen es zu einer „Würdekollision“ kommen kann, d. h. in denen der Staat dem Dilemma ausgesetzt ist, entweder die Würde des Täters verletzen zu müssen oder eine Würdeverletzung eines Opfers, die durch den Täter bewirkt wurde, hinnehmen zu müssen. Das Abwehrrecht der Menschenwürdeverletzung des Täters und die Schutzpflicht des Staates, die Menschenwürde vor Eingriffen Dritter zu schützen, stehen sich jedoch nicht gleichwertig gegenüber, sondern es überwiegt die Verpflichtung des Staates, nicht unzulässig in die Würde des Opfers einzugreifen.

Ginge man davon aus, dass sich das Abwehrrecht und das Recht auf Schutz durch den Staat im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG gleichwertig gegenüberstünden und dass sich Menschenwürde und Lebensrecht auf einer Stufe befänden, so gäbe es keinen ausreichenden Schutz des Straftäters mehr von Eingriffen in seine Menschenwürde durch den Staat. Eingriffe in die Menschenwürde (also auch Folter) wären immer dann zulässig, wenn damit das Leben Dritter, das konkret bedroht ist, gerettet werden könnte. Das Folterverbot wäre somit in weiten Teilen aufgehoben.

e) Absolutheit des Folterverbotes

aa) Absolutheit als Konsequenz der Unantastbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG

Aus der Uneinschränkbarkeit der Menschenwürde folgt, dass auch das Folterverbot absolut gilt. Da – wie unter B I 3 b) gezeigt – Folter die Menschenwürde verletzt, folgt aus der Uneinschränkbarkeit der Menschenwürde, dass auch das Folterverbot absolut gilt. Überdies ist nur eine solche Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG mit den Verpflichtungen Deutschlands aus Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht verein-

⁷⁶⁷ Marx, KJ 2004, S. 278 (302): „Man kann die menschliche Würde wegen ihrer Unverfügbarkeit nicht mit anderen Größen, etwa mit der Würde der bedrohten Personen, aufwiegen, weil beide Größen je für sich unverfügbar, wenn man so will ‚bilanzierungsfeindlich‘ sind.“

bar, die dem auf völkerrechtlicher Ebene bestehenden absoluten Folterverbot Rechnung trägt.⁷⁶⁸

Neben der so vertretenen formal-juristischen Argumentation sprechen auch weitere materielle Erwägungen für die absolute Geltung des Folterverbotes:

bb) „Dammbruch“-Argument

Das am häufigsten genannte und an dieser Stelle berechtigte Argument gegen die Zulässigkeit von Gefahrenabwehrfolter ist das sog. „Dammbruch-Argument“. Besonders einprägsam hat *Bielefeldt* dieses Argument formuliert: „Im Kontext staatlichen Handelns ist die für eine bestimmte Situation ermöglichte Ausnahme indessen von vornherein mehr als eine bloße Ausnahme: Sie wird sofort zum *Präzedenzfall*, der über die konkrete Situation hinaus auf andere, mehr oder weniger *ähnlich gelagerte Fälle* verweist. Die Logik der Argumentation mit Grenzsituationen führt zwangsläufig dazu, die für den einen Grenzfall eröffneten Sonderbefugnisse auf immer wieder neue – gleichsam benachbarte – Grenzfälle auszuweiten. Aus dem einen *Grenzfall* wird auf diese Weise schließlich ein ganzer *Grenzbereich*, in dem Folter um der Gefahrenabwehr willen zulässig sein soll.“⁷⁶⁹ Eine solche Aufweichung eines Grenzfalles in einen Grenzbereich lässt sich sogar in der gegenwärtigen Folterdiskussion nachweisen: Wurde zunächst durch *Brugger* die Folter für das Schreckensszenario der Bedrohung einer ganzen Stadt durch einen terroristischen Erpresser diskutiert,⁷⁷⁰ so wurde die Anwendung der Folter nunmehr schon im Schrifttum⁷⁷¹ und in der

⁷⁶⁸ Vgl. zum Umfang des Schutzes auf völkerrechtlicher Ebene oben 1. Teil B; zum Umfang von Deutschlands völkerrechtlichen Pflichten unten 2. Teil B IV.

⁷⁶⁹ *Bielefeldt*, Policy Paper No. 4, S. 7 f.

⁷⁷⁰ Für Nachweise zu *Bruggers* Veröffentlichungen siehe bereits oben Fn. 724.

⁷⁷¹ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79, der im Falle einer Kollision von Würde bzw. Leben des Opfers und Würde des Täters Folter im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulassen will. Von den engen Voraussetzungen, die Brugger einst aufstellte, ist hier nichts mehr übrig. Überdies hat es den Anschein, als wolle *Starck* sogar die Folter von „Mitwissern“ der Straftat zulassen. Die Gefahr einer missbräuchlichen Ausdehnung der Folter streitet *Starck* dabei ab („Die hier dargelegten strengen Voraussetzungen werden nur selten vorliegen, so dass eine schiefe Ebene nicht zu befürchten ist, zumal die

Presse⁷⁷² für Fälle wie den des Frankfurter Entführungsfalles befürwortet, der, wenn auch tragisch, kein absoluter Ausnahmefall ist. Gilt das Folterverbot nicht mehr absolut, so lassen sich viele nachvollziehbare Gründe anführen, die Folter in verschiedensten Konstellationen zuzulassen: Im Rahmen der organisierten Kriminalität könnte die Folter für die Aufdeckung von Bandenstrukturen und zur Vermeidung künftiger Straftaten (die bis zum Mord reichen können) von größtem Nutzen sein. Gleiches gilt für mutmaßliche Serienmörder, die aus Mangel an Beweisen freigesprochen werden müssten und als Wiederholungstäter eine große Gefahr für die Bevölkerung darstellen. Durch Folter könnte ihnen ggf. ein Geständnis abgerungen werden, welches sich dann u. U. durch daraufhin gefundene weitere Beweise verifizieren ließe, so dass es möglich wäre, sie „wegzusperren“. Es wird deutlich, dass das Folterverbot nur entweder ganz oder gar nicht zu haben ist, einen Mittelweg wird es nicht geben.

cc) Besondere Missbrauchsgefahr gegenüber Inhaftierten

Ein weiteres Argument für die Absolutheit des Folterverbotes liegt in der besonderen Missbrauchsgefahr gegenüber Inhaftierten. Gerade Menschen in Haft sind besonders schutzbedürftig, weil sie der Staatsmacht gleichsam ausgeliefert sind, abgeschirmt von der Öffentlichkeit

Fälle einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden können.“). Diese Argumentation muss verwundern, da Starck keine besonders strengen Anforderungen aufgestellt hat. Überdies ist der Verweis auf die Möglichkeit einer späteren gerichtlichen Kontrolle ein sehr schwaches Argument, kann es doch die Folter nicht ungeschehen machen. *Wittreck*, in: Gehl (Hrsg.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?*, S. 37 (54 f.); *Wagenländer*, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, S. 160 f., 198 ff.

⁷⁷² *Erb*, *Nicht Folter, sondern Nothilfe*, *Die Zeit* v. 9. Dezember 2004; *MacKenroth*, *Der Tagesspiegel* v. 20. Februar 2003, S. 32 (der seine Ansicht später zurücknahm, vgl. *SZ* v. 25. Februar 2003, S. 6); *Lüddersen*, *Ein bössartiger Wellenkamm – Wird Folter wieder bedenkenswert?*, *SZ* v. 25. Februar 2003; *Hassmer*, *Das Folterverbot gilt absolut – auch in der Stunde der Not*, *SZ* v. 27. Februar 2003; *Averesch*, *Ausnahmsweise auch Folter*, *Berliner Zeitung* v. 26. Februar 2003, S. 4; siehe auch *Presseübersicht bei Schild*, in: Gehl (Hrsg.), *Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?*, S. 59 (82) sowie unter: <http://www.stop-torture.de/presse.html>.

und deren Kontrolle.⁷⁷³ Eskalationen von Haftsituationen sind ein trauriges Gesetz. Hätte *Daschner* in seiner Funktion als Polizeivizepräsident im Frankfurter Entführungsfall nicht selbst dafür gesorgt, dass die Folterandrohungen ins Protokoll aufgenommen wurden, so wäre wahrscheinlich nie ans Tageslicht getreten, was sich dort zugetragen hat. Es wird klar: Eine Ausnahme vom Folterverbot in Grenzfällen öffnet dem Missbrauch Tor und Tür.

dd) Aushöhlung des Rechtsstaats

Für die Geltung eines absoluten Folterverbotes wird sehr häufig das Rechtsstaatsprinzip bemüht. Es finden sich zahlreiche Äußerungen, in denen – in der Regel ohne nähere Begründung – angeführt wird, dass Folter in einem Rechtsstaat keinen Raum haben dürfe. So heißt es etwa, dass eine rechtsstaatliche Folter „ein Widerspruch in sich“ sei,⁷⁷⁴ dass das Folterverbot „die Trennlinie zwischen Rechts- und Unrechtsstaat“ bilde⁷⁷⁵ oder auch ganz plakativ: „Foltet der Rechtsstaat, so hört er auf, ein Rechtsstaat zu sein.“⁷⁷⁶ Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern diese These ihre Berechtigung hat, d. h. *warum* Folter das Rechtsstaatsprinzip verletzt.

Trotz der überragenden Bedeutung, die das Rechtsstaatsprinzip für die Bundesrepublik Deutschland einnimmt, wird es im Rahmen der grundlegenden Verfassungsprinzipien, wie sie in Art. 20 Abs. 1 GG festgeschrieben wurden, nicht ausdrücklich erwähnt. Es leitet sich vielmehr aus einer „Zusammenschau“ verschiedener Bestimmungen (Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 3; Art. 19 Abs. 4; Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) ab⁷⁷⁷ oder wird – verkürzt – aus Art. 20 Abs. 3 GG bezogen. Inhaltlich umfasst das Rechtsstaatsprinzip ein Bündel an Verfassungsprinzipien, darunter die Garantie der Menschenwürde (materielle Komponente)

⁷⁷³ *Follmar/Heinz/Schulz*, Policy Paper, No. 1, S. 8.

⁷⁷⁴ *Saliger*, ZStW 116 (2004), S. 35 (48).

⁷⁷⁵ *Scharnweber*, Kriminalistik 2005, S. 161 (165). Ähnlich auch *Husmann*, VR 2004, S. 109 (111): „Schon die Möglichkeit, daß der Rechtsordnung Grenzen des Folterverbotes zu entnehmen sind, erschüttert die Grundfesten des Rechtsstaates.“

⁷⁷⁶ *Hilgendorf*, JZ 2004, S. 331 (337 f.)

⁷⁷⁷ BVerfGE 2, 380 (403).

sowie die Gesetzesbindung aller staatlichen Organe (formelle Komponente).⁷⁷⁸

In materieller Hinsicht bildet die *Menschenwürde* das Fundament des Rechtsstaates der Bundesrepublik Deutschland.⁷⁷⁹ Auch wenn Recht und Moralität nicht deckungsgleich sind,⁷⁸⁰ so zeichnet sich der moderne Rechtsstaat dennoch auch dadurch aus, dass seine Gesetze Ausdruck gewisser grundsätzlicher Wertentscheidungen sind.⁷⁸¹ Der kleinste gemeinsame Nenner inhaltlicher Anforderungen dürfte dabei unstreitig die Achtung der Menschenwürde sein. Jene aber wird gerade durch die Folter verletzt. „Die Achtung der Menschenwürde ist die Grundlage dieses Rechtsstaats. ... Der Rechtsstaat würde sich selber aufgeben, wenn er diesem strikten Gebot keine Folge leisten würde.“⁷⁸²

Auf der rein formalen Ebene folgt aus der Bindung aller staatlichen Gewalt an das geltende Recht, dass aufgrund von Art. 1 Abs. 1 GG, der die Menschenwürde für „unantastbar“ erklärt, weder der deutsche Gesetzgeber befugt ist, eine Rechtsgrundlage für eine etwaige Gefahrenabwehrfolter zu schaffen, noch die vollziehende Gewalt in Überschreitung der Gesetze foltern darf. Auch der Schutz der Menschenwürde der durch einen Terroristen bzw. Straftäter bedrohten Menschen kann daran nichts ändern, da eine Schutzpflicht zugunsten der Menschenwürde jedenfalls dort endet, wo der Staat selbst in die Menschenwürde eingreift und sich damit über den klaren Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 GG hinwegsetzt.⁷⁸³ Die *uneingeschränkte* Gesetzesbindung ist die Trennlinie zwischen Rechtsstaat und Machtstaat.⁷⁸⁴ Diese Selbstbindung

⁷⁷⁸ *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 2, 11. Str. ist, ob das Rechtsstaatsprinzip über die Einzelregelungen hinaus Bedeutung erlangt (zustimmend: *Stern*, Staatsrecht I, § 20 II 2, S. 778 ff.; ablehnend *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 457 ff.).

⁷⁷⁹ *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 6: „... vielmehr bildet sie [die Achtung der Menschenwürde] die Grundlage moralischer und rechtlicher Normen überhaupt und damit zugleich die Basis des Rechtsstaats.“ Siehe auch *ders.*, Menschenwürde und Folterverbot, S. 9 f.

⁷⁸⁰ Näher siehe unten 2. Teil B III.

⁷⁸¹ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 8.

⁷⁸² LG Frankfurt a. M., NJW 2005, S. 693 (693 f.).

⁷⁸³ Siehe oben 2. Teil B I 3 d. Vgl. ferner auch *Bielefeldt*, Menschenwürde und Folterverbot, S. 19.

⁷⁸⁴ *Maurer*, Staatsrecht I, § 8, Rn. 5: „Kennzeichnend für den Rechtsstaat ist also, daß (auch) die Ausübung der Staatsgewalt rechtlich gebunden ist, im Ge-

bedeutet jedoch keine Schwäche des Rechtsstaates, sondern seine Stärke.⁷⁸⁵ Hierin liegt der ultimative Schutz vor staatlicher Willkür und damit vor einer Bedrohung, die in einem freiheitlich-demokratischen Staat allzu leicht in Vergessenheit gerät.⁷⁸⁶

ee) Absage an außergesetzliche Folter im Einzelfall

Angesichts dieser Missbrauchsgefahr verwundert es umso mehr, wenn behauptet wird, dass die präventiv-polizeiliche Folter zum Schutz von Leben rechtmäßig sei, wenn keine anderen Mittel zur Verfügung stehen, und zwar auch ohne gesetzliche Grundlage, da eine Regelung solcher Ausnahmefälle nicht möglich sei.⁷⁸⁷ Ein Eingriff ohne gesetzliche Grundlage in das höchste Verfassungsgut, die Menschenwürde, verstößt gegen die sog. *Wesentlichkeitstheorie*. Nach der *Wesentlichkeitstheorie* muss der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst ... treffen“.⁷⁸⁸ Sich darauf zu berufen, dass eine staatliche Regelung nicht möglich sei, wäre hier verfehlt. Je grundrechtsintensiver ein Eingriff ist, desto weniger darf dieser in das Belieben der Exekutive gestellt werden. Will man Folter im Ausnahmefall zulassen, dann muss man auch die Voraussetzungen formulieren können (so wie dies z. B. auch *Brugger* getan hat⁷⁸⁹). Wenn dies nicht möglich sein soll, dann spricht dies umso mehr gegen eine Ausnahme vom Folterverbot.

gensatz zum Machtstaat oder Polizeistaat, in dem entweder keine oder keine ausreichenden rechtlichen Regelungen bestehen oder die bestehenden Regelungen von den Machthabern bewußt und ständig ignoriert werden. ... Der Staat ist Herr und Untergebener des Rechts zugleich.“

⁷⁸⁵ Vgl. BT-Drucksache 15/4396 S. 3; vgl. auch *Bielefeldt*, Policy Paper No. 4, S. 8.

⁷⁸⁶ *Lüderssen*, FS Rudolphi, S. 691 (696 f.): „Der Ruf nach dem Grundrecht auf Schutz durch den Staat verdrängt alle Erinnerungen an die mühsam erkämpften Grundrechte auf Sicherheit vor dem Staat.“

⁷⁸⁷ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1, Rn. 71 (4. Aufl.), implizit Rn. 79 (5. Aufl.).

⁷⁸⁸ BVerfGE 49, 89 (126); vgl. zur *Wesentlichkeitstheorie* auch v. *Münch*, Staatsrecht I, Rn. 354 m. w. N. aus Literatur und Rechtsprechung.

⁷⁸⁹ *Brugger*, JZ 2000, S. 165 (167).

ff) Konsequenzen für die praktische und rechtliche Umsetzung der Zulässigkeit der Gefahrenabwehrfolter

In Betracht zu ziehen sind auch die Folgen in rechtspraktischer Hinsicht, die eine Zulässigkeit der Gefahrenabwehrfolter mit sich bringen würde. Zunächst müssten die Vollzugsbeamten auf diese neue Aufgabe in ihrer Ausbildung vorbereitet werden. Es müssten Ärzte gefunden werden, die sich bereit erklären, die Folterung zu überwachen. Weiterhin müsste gesetzlich genau festgelegt werden, welche Foltermaßnahmen angewandt werden dürfen. Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre ein abgestuftes Folterinstrumentarium in Betracht zu ziehen.⁷⁹⁰ Vor der Anwendung der Folter käme eine Abschreckung in Betracht, indem dem Widerspenstigen zunächst die anzuwendenden Methoden erklärt oder die „Folterwerkzeuge“ gezeigt würden.⁷⁹¹

Darüber hinaus sind die Voraussetzungen, unter denen Folter erlaubt werden könnte, kaum normierbar. Eine Generalklausel würde zum Missbrauch einladen. Eine genauere Umschreibung der apokalyptischen Situation, in der Folter zulässig sein sollte, ist aber nicht möglich, da sie nicht im Vorhinein bekannt ist. Lüderssen spricht daher von der „paradoxe[n] Situation, dass gerade das Singuläre nur durch eine Generalklausel erfaßt werden kann“, sich letztere aber verbietet.⁷⁹²

Schließlich ist der Sprung von einer Ermächtigungsgrundlage, die dem Amtsträger nach Ermessensausübung erlaubt, Folter anzuwenden, zu einer Pflicht, dies zu tun, kurz. Sobald sich das Ermessen auf Null reduziert, wird aus der Ermessensentscheidung eine gebundene, und der Amtsträger wäre verpflichtet, zu foltern.⁷⁹³

⁷⁹⁰ Vgl. hierzu *Fahl*, JR 2004, S. 182 (186, 190), der meint, dass es möglich sei, die Präventionsfolter „passgenau“ und „schonend“ (welch Euphemismus!) einzusetzen. *Fahl* versucht einen Mittelweg: Folter soll zwar nicht erlaubt sein, jedoch seien zu Präventionszwecken Mittel erlaubt, die dem Opfer keine *großen* körperlichen Schmerzen beibringen. Das Knochenbrechen stellt sich *Fahl* anscheinend schmerzhaft vor, bei anderen Mitteln, die harmloser klingen, kann sich *Fahl* die großen Schmerzen nicht recht vorstellen.

⁷⁹¹ Vgl. zu diesem Problemkreis auch *Jerouschek*, JuS 2005, S. 296 (297, 301); *Kinzig*, ZStW 2003, S. 791 (808).

⁷⁹² *Lüderssen*, FS Rudolphi, S. 691 (704), beschreibt die Un-Normierbarkeit der Folter eindrücklich.

⁷⁹³ Vgl. *Brugger*, JZ 2000, S. 165 (170 f.); *ders.*, AJCL 48 (2000), S. 661 (674 ff.); *Lüderssen*, FS Rudolphi, S. 691 (705).

gg) Konsequenz für die weltweite Folterbekämpfung

Hinzuweisen ist auch auf die politischen Folgen, die die Zulässigkeit von Folter in Ausnahmefällen in Rechtsstaaten wie dem der Bundesrepublik Deutschland für die weltweite Folterbekämpfung haben würde. Macht sich ein Rechtsstaat Folter zu Eigen, so fällt die politische Argumentation schwer, warum die Folter anderswo zu bekämpfen sei. Die Zulässigkeit der Folter in Deutschland würde somit einen schweren Rückschritt für die weltweite Bekämpfung der Folter und einen schlechten Dienst für die Folteropfer bedeuten.⁷⁹⁴

hh) Lehre aus der Vergangenheit

Schließlich hat bereits die Geschichte gelehrt, dass Folter nicht zur Problemlösung geeignet ist. Dass sich Folter und Missbrauch zueinander wie siamesische Zwillinge verhalten, wird aus der deutschen Rechtsgeschichte genauso deutlich wie aus den aktuellen Berichten über Folter durch amerikanische und britische Soldaten im Irak.⁷⁹⁵

II. Konkretisierung des Verbotes der Folter im einfachen Recht

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit das verfassungsrechtliche Folterverbot auf der einfachgesetzlichen Ebene seinen Niederschlag gefunden hat.

⁷⁹⁴ Siehe hierzu auch *Lüderssen*, ebd., S. 691 (707).

⁷⁹⁵ Dieses historische Argument betont *Gebauer*, NVwZ 2004, S. 1405 (1408 f.). Er sieht den ultimativen Rechtfertigungsgrund für das absolute Folterverbot in der „historisch belegten“ und „in der Sache angelegten“ Gefahr des Missbrauchs. Der historisch belegte Missbrauch sei letztlich auch in einem Rechtsstaat nicht zu verhindern. Er folgert daraus, dass es richtig sei, eine im Einzelfall nützliche Folter zu verbieten, um einer Unzahl von Missbrauchsfällen vorzubeugen. Ähnlich *Jerouschek*, JuS 2005, S. 296 (301); *Lüderssen*, FS Rudolphi, S. 691 (693); *Marx*, KJ 2004, S. 278 (294 ff.); *Roxin*, in: FS Eser, S. 461 (468).

1. Keine Ermächtigungsgrundlage für Gefahrenabwehrfolter

a) Polizeiliche Auskunftspflichten und ihre Durchsetzung

Das Polizeirecht der Länder regelt im Rahmen der Gefahrenabwehr Auskunftspflichten des Bürgers gegenüber Amtsträgern. Diese sind hinsichtlich der auskunftsverpflichteten Personen und der Voraussetzungen, unter denen Auskünfte verlangt werden können, unterschiedlich ausgestaltet.⁷⁹⁶ Die in einigen Polizeigesetzen normierten Auskunftsverweigerungsrechte können hier vernachlässigt werden, weil sie i. d. R. wieder entfallen, wenn die Auskunft notwendig ist, um z. B. Leib und Leben einer Person zu schützen.⁷⁹⁷ Entscheidend im Sachzusammenhang mit der Folter ist aber, ob und wie diese Auskunftspflichten *durchgesetzt* werden können. Grundsätzlich stehen dem Staat hierzu die Zwangsmittel der Ersatzvornahme, des Zwangsgeldes sowie des unmittelbaren Zwanges zur Verfügung. In Fällen wie den oben geschilderten, bei dem ein Entführer den Aufenthaltsort des Kindes nicht preisgeben mag oder ein Terrorist den Ort der Bombe nicht verrät, dürfte erfolgversprechend nur der unmittelbare Zwang sein.⁷⁹⁸ Gerade die Anwendung des unmittelbaren Zwanges zur Durchsetzung von Auskunftspflichten ist aber nach den Polizeigesetzen *aller* Bundesländer verboten.⁷⁹⁹ Zum Teil wird direkt bestimmt, dass mit unmittelbarem Zwang nicht auf die Abgabe einer Erklärung hingewirkt werden darf.⁸⁰⁰ Andere Polizeigesetze ordnen eine entsprechende Geltung des § 136a StPO an.⁸⁰¹ Selbst wenn es keine explizite Regelung gäbe, wäre die An-

⁷⁹⁶ Sehr gute Übersicht findet sich bei *Pohl*, Informationsbeschaffung beim Mitbürger, S. 48 ff. sowie *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 47 ff.

⁷⁹⁷ Vertiefend *Pohl*, ebd., S. 52 f.

⁷⁹⁸ Näher hierzu *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (492 f.).

⁷⁹⁹ Vgl. hierzu *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (493 f.), mit ausführlicher Angabe der entsprechenden landesgesetzlichen Normen.

⁸⁰⁰ § 58 Abs. 2 bayPAG; § 58 Abs. 2 brbgPolG; § 41 Abs. 5, S. 2 bremPolG; § 52 Abs. 2 hessSOG; § 58 Abs. 7 sachsanhSOG; § 69 Abs. 7 ndsSOG; § 55 Abs. 2 nrwPolG; § 56 Abs. 2 thürPAG. Hierzu *Götz*, NJW 2005, S. 953.

⁸⁰¹ § 35 Abs. 2 bawüPolG; § 18 Abs. 6 ASOG Bln; § 12 Abs. 4 hessSOG (also „doppelte“ Absicherung, siehe oben Fn. 800); § 11 Abs. 1 SaarlPolG. Vgl. auch § 22 Abs. 4, S. 1 BPolG. Kritisch hierzu: *Pohl*, Informationsbeschaffung beim Mitbürger, S. 54.

wendung von unmittelbarem Zwang zur Erzwingung einer Aussage nach allgemeiner Meinung unzulässig.⁸⁰²

b) Diskussion einer Ausnahme in Extremsituationen

In Betracht kommt, dass einem Hoheitsträger bei Maßnahmen zur Rettung von Menschenleben ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Dies indes setzt voraus, dass ein solcher Rechtfertigungsgrund überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage für ein öffentlich-rechtliches Vorgehen sein kann. Ob eine Berufung auf das Strafrecht zur Legitimation öffentlich-rechtlichen Handelns möglich ist, ist umstritten. Die hierzu vertretenen verschiedenen Ansichten haben sich anhand der Diskussion um den sog. „finalen Todesschuss“ herausgebildet. Bei dieser Diskussion ging es um die Frage, ob der Todesschuss auch in den Bundesländern erlaubt ist, in denen hierfür keine gesetzliche Grundlage vorhanden war. Es wurde diskutiert, ob im Falle einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage ein Rückgriff auf Notstand und Nothilfe möglich ist, um das polizeiliche Vorgehen öffentlich-rechtlich zu legalisieren.

Im Wesentlichen haben sich zu diesem Streitstand drei Meinungen herauskristallisiert. Nach einer weit verbreiteten Ansicht (*sog. Strafrechtliche Lösung*) kann sich ein Hoheitsträger auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe mit der Folge berufen, dass sein Verhalten sowohl verwaltungsrechtlich rechtmäßig sei (da der Rechtfertigungsgrund insoweit eine Ermächtigungsgrundlage bilde) als auch seine strafrechtliche Verantwortlichkeit für das an sich verwirklichte Delikt durch Rechtfertigung entfalle.⁸⁰³ Nach der Gegenansicht (*sog. polizeirechtliche*

⁸⁰² *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Hdb. Polizeirecht, F 308, S. 395 sowie F 782, S. 531: „Unmittelbarer Zwang zur Herbeiführung einer Aussage oder zur Erlangung einer Auskunft ist ausgeschlossen. ... Dieses nicht in allen Polizeigesetzen aufgestellte Verbot gilt generell und ist auch nicht, wie es der Wortlaut der Verbotsvorschriften nahelegt, auf ‚Erklärungen‘ mit rechtlich bindenden Folgen beschränkt“. *Pohl*, Informationsbeschaffung beim Mitbürger, S. 54; *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, S. 613 (617). Vgl. auch zu § 10 Abs. 4 NRW/PolG: *Gusy*, Polizeirecht, Rn. 221 unter Verweis u. a. auf Art. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG (Misshandlungsverbot). *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, S. 613 (616) weisen auch darauf hin, dass ein Verbot der Durchsetzung von Aussagepflichten durch Folter schon durch die „in Gesetzesrecht transformierten Art. 3 EMRK und Art. 7 IPBR“ besteht. A. A. *Lemhöfer*, Recht im Amt 2005, S. 53 ff.

⁸⁰³ BGHSt 27, 260 ff.; *Gössel*, JuS 1979, S. 162 (164 f.); *Kühl*, AT, § 7, Rn. 153; *Roxin*, Strafrecht AT 1, Bd. I, § 15, Rn. 112; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn.

Lösung) bleibt dem Amtsträger eine Berufung auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe verwehrt.⁸⁰⁴ Sein Handeln ist also nicht nur verwaltungsrechtlich rechtswidrig, sondern ihn trifft auch die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit. Nach einer *differenzierenden Meinung* wird zwischen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns und der Rechtfertigung eines strafrechtlichen Tatbestandes unterschieden.⁸⁰⁵ Die Berufung auf einen Rechtfertigungsgrund kommt danach nur im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Hoheitsträgers in Betracht. Nur die strafrechtliche Lösung erlaubt somit einen Rückgriff auf einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage. Ein solcher Rückgriff ist jedoch abzulehnen. Die Rechtfertigungsgründe des Strafrechts wurden nicht dazu geschaffen, die Befugnisse der Polizei auszuweiten, sondern verfolgen den Zweck, in bestimmten Konfliktsituationen von einem strafrechtlichen Vorwurf abzusehen. Zwar sind Rechtfertigungsgründe allgemeine Rechtsgedanken, doch ist das Strafgesetzbuch nicht die ultimative Quelle für die Frage, wem welche Befugnisse zustehen und was generell erlaubt ist. Vielmehr greift das Strafrecht nur dort ein, wo die Bestrafung von Personen für Fehlverhalten notwendig ist, um ein friedliches Zusammenleben der Menschen zu ermöglichen. Ein Rückgriff auf das Strafrecht scheidet auch vor dem Hintergrund aus, dass dadurch das differenzierte System des Polizeirechts umgangen würde.⁸⁰⁶ Das Polizeirecht ist besonders dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ver-

288 f.; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 32, Rn. 42 a ff.; *Spendel*, in: LK, StGB, § 32, Rn. 275.

⁸⁰⁴ *Kunz*, ZStW 95 (1983), S. 973, 981 ff.; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), S. 36 (50 ff.); *Rudolphi*, GS Kaufmann, S. 371 (372); vgl. auch *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (487), der sich dafür ausspricht, dass eine Berufung auf die Notwehr und den Notstand jedenfalls dann ausgeschlossen sein muss, wenn bereits eine öffentlich-rechtliche Sondervorschrift besteht, die genau diesen Interessenkonflikt regelt.

⁸⁰⁵ *Beisel*, JA 1998, S. 721 (722 f.); *Ebert*, Strafrecht AT, S. 69; *V. Götz*, POR, Rn. 414; *H. Götz*, NJW 2005, S. 953 (953); *Günther*, in: SK StGB, § 32, Rn. 16 f.; *Jeßberger*, Jura 2003, S. 711 (713); *Kinnen*, MDR 1974, S. 631 (633 f.); *Kretschmer*, Recht und Politik, 2003, S. 102 (105); *Neuhaus*, GA 2004, S. 521 (525 f.); *Rogall*, JuS 1992, S. 551 (558 f.), § 34, Rn. 15 (mit übersichtlicher Auf-führung der Lit. zum gesamten Streitstand); *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (487); wohl auch *Lackner/Kühl*, StGB, § 32, Rn. 17.

⁸⁰⁶ *Gloria/Dischke*, NWVBl 1989, S. 37 (42); *V. Götz*, POR, § 16, Rn. 414.

pflichtet und trägt darüber hinaus dem Schutz der Grundrechte der Bürger Rechnung. Wäre dagegen ein Rückgriff auf die pauschale Regelung des Strafrechts erlaubt, so umginge man nicht nur das Polizeirecht, sondern man würde damit auch den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes verletzen, der verlangt, dass eine Ermächtigungsgrundlage umso genauer sein muss, je mehr durch sie ein Eingriff in die Grundrechte der Bürger ermöglicht wird.⁸⁰⁷ Auch liegt in den sog. „Notrechtsvorbehalten“,⁸⁰⁸ in denen das Polizeirecht einiger Länder ausdrücklich anordnet, dass die Regeln über Notwehr und Notstand unberührt bleiben, kein Verweis auf eine weitere Ermächtigungsgrundlage für öffentlich-rechtliches Handeln. Zum einen würde ein solcher Pauschalverweis gerade nicht der nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes erforderlichen Regelungsdichte genügen. Insbesondere aber haben diese Notrechtsvorbehalte auch nicht zum Ziel, weitere Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, sondern sie weisen lediglich darauf hin, dass dem einzelnen Beamten in strafrechtlicher Hinsicht eine Berufung auf diese Rechtfertigungsgründe nicht von vornherein versagt werden kann.⁸⁰⁹

Der vorstehende Meinungsstreit wird aber ohnehin für Fälle wie den hier in Frage stehenden der Gefahrenabwehrfolter nur noch in abgeschwächter Form ausgetragen. Nach ganz überwiegender Ansicht ist nämlich dann ein Rückgriff auf das Strafrecht nicht mehr möglich, wenn das Landesrecht den bestehenden Interessenskonflikt bereits abschließend geregelt hat.⁸¹⁰ So liegt es hier, da das Landesrecht Vorschriften enthält, nach denen Auskunftspflichten nicht mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden dürfen. Dem stehen auch die sog. Notrechtsvorbehalte nicht entgegen, weil sie – wie bereits ausgeführt – gerade nicht zum Ziel haben, die einschränkenden Voraussetzungen für den Gebrauch des unmittelbaren Zwanges auszuhebeln.

Überdies ist daran zu erinnern, dass ohnehin jedes zur Folter ermächtigende Gesetz gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen würde und da-

⁸⁰⁷ *Rachor*, in: Liskén/Denninger, Hdb. Polizeirecht, F, Rn. 889; BVerfGE 58, 257 (277 f.); 59, 104 (114); 83, 130 (145); *Stohrer*, BayVBl 2005, S. 489 (491).

⁸⁰⁸ *Blei*, JZ 1955, S. 625 (625 f.).

⁸⁰⁹ V. Götz, POR, § 16, Rn. 414; *Liskén*, DRiZ 1989, S. 401 (402); *Rachor*, in: Liskén/Denninger, Hdb. Polizeirecht, F, Rn. 891; *Weichert*, VBIBW 1991, S. 249 (250); a. A. *Herzberg*, JZ 2005, S. 321 (321).

⁸¹⁰ Siehe nur *Kinzig*, ZStW 2003, S. 791 (810) und *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, jeweils mit umfangreichen weiteren Nachweisen.

mit nichtig wäre. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass es verfassungswidrig wäre, eine solche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen. Schließlich würde sich die Bundesrepublik mit einem solchen Gesetz auch in Widerspruch zu ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen setzen.⁸¹¹

c) Gefahrenabwehrfolter vs. finaler Rettungsschuss

aa) Wertungslücke erfordert Gleichbehandlung (*Brugger*)

Vor dem Hintergrund des oben gewonnenen Ergebnisses, dass die Anwendung von Foltermethoden polizeirechtlich absolut unzulässig ist, drängt sich die Frage auf, ob und wie dies mit der Zulässigkeit des finalen Todesschusses zu vereinbaren ist.⁸¹² So fordert *Brugger*, dieses absolute polizeiliche Verbot im Wege der teleologischen Reduktion so auszulegen, dass es in bestimmten Fällen⁸¹³ der Folter nicht entgegenstehe.⁸¹⁴ Nach ihm liegt hier nämlich eine sog. *Wertungslücke* vor. Eine solche Wertungslücke besteht, wenn ein Sachverhalt an sich durch den Wortlaut einer Rechtsnorm geregelt wird, jedoch bei Anwendung dieser Rechtsnorm Wertungswidersprüche zu anderen Rechtsnormen desselben Rechtssystems auftreten, so dass das Ergebnis der Subsumtion

⁸¹¹ Vgl. zum Umfang des Schutzes auf völkerrechtlicher Ebene oben 1. Teil B; zum Umfang von Deutschlands völkerrechtlichen Pflichten unten 2. Teil B IV.

⁸¹² Einige Bundesländer haben in ihrem Polizeirecht eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für den Todesschuss normiert, während die Polizeigesetze anderer Bundesländer lediglich vorsehen, dass Schusswaffen nur dazu eingesetzt werden dürfen, angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. Für einen Überblick über die einzelnen Regeln der Bundesländer siehe *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 560 ff.

⁸¹³ Die Fallsituation muss nach *Brugger*, JZ 2000, S. 165 (167), folgende Merkmale aufweisen: „Es liegt eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für (4) das Leben und die körperliche Integrität einer unschuldigen Person vor. (5) Die Gefahr ist durch einen identifizierbaren Störer verursacht. (6) Der Störer ist die einzige Person, die die Gefahr beseitigen kann, indem er sich in die Grenzen des Rechts zurückbewegt, also das Versteck der Bombe verrät. (7) Dazu ist er auch verpflichtet. (8) Die Anwendung körperlichen Zwangs ist das einzig erfolversprechende Mittel zur Informationserlangung.“

⁸¹⁴ *Brugger*, JZ 2000, S. 165 (168 f.); *ders.*, AJCL 48 (2000), S. 661 (671).

unter den Wortlaut unbefriedigend, weil ungerecht ist.⁸¹⁵ Die Regelung des finalen Todesschusses sei im Rahmen der gestuften Eingriffsbefugnis der Polizei angesiedelt, die wiederum auf zwei Prinzipien beruhe: (1) Effektive Gefahrenabwehr sowie (2) Schutz von Gesetz und Recht und Verweisung des Rechtsbrechers in seine Schranken. *Brugger* vergleicht die Situation, in der die Polizei den Todesschuss anwenden darf, mit dem von ihm gebildeten Fall des Bombenlegers,⁸¹⁶ wo der Polizei die Hände gebunden sind, weil sie keine Aussageerpressung betreiben darf. Das polizeiliche Verbot, wenigstens in solchen Extremsituationen unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung der Aussagepflicht anzuwenden, widerspricht nach *Brugger* sowohl den beiden genannten Prinzipien der Zwangsmittelanwendung im Polizeirecht als auch dem Gerechtigkeitsgefühl.

bb) Stellungnahme

Es ist sehr zweifelhaft, dass die beiden Situationen des bombenlegenden Terroristen auf der einen Seite und des verfolgten Geiselnähmers auf der anderen Seite in ihrem wesentlichen Gehalt so vergleichbar sind, dass eine unterschiedliche Regelung beider Sachverhalte ungerecht wäre, weil sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde. Ein erster Unterschied liegt bereits darin, dass der, gegen den sich ein Todesschuss richtet, sich auf freiem Fuß befindet, wohingegen der, dessen Aussage erzwungen werden soll, als Inhaftierter unter der Kontrolle des Staates steht. *Brugger* wendet an dieser Stelle allerdings zu Recht ein, dass sich der Bombenleger dennoch nicht in einer hilflosen Lage befinde, mithin nicht der Polizei ausgeliefert sei, da *er selbst* durch seine Bombe die Polizei und die ganze Stadt bedrohe.⁸¹⁷ Für eine Gleichbehandlung des Todesschusses mit dem von *Brugger* diskutierten Fall mag auch sprechen, dass die Polizei in beiden Situationen im Rahmen der Gefahrenabwehr tätig wird. Die Regelung des Todesschusses scheint für diese Situationen eine klare Präferenz des Opferschutzes vor dem Täterschutz anzuzeigen. Eine solche Reduktion der beiden Sachverhalte auf die Komponenten „Täter“ und „akut bedrohtes Leben des

⁸¹⁵ Vgl. zu „Wertungslücken“ bzw. „Wertungsmängeln“: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 64 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 467 ff.

⁸¹⁶ Sachverhalt des fiktiven Falles: *Brugger*, JZ 2000, S. 165 f.

⁸¹⁷ *Brugger*, ebd., S. 165 (168 f.).

Opfers“ erkennt allerdings, dass es hier an sich um eine tiefer liegende Problematik geht. Beim Todesschuss wird ein Straftäter *daran gehindert*, das auszuführen, was er zu tun droht. Er soll in seinem Handeln *aufgehalten* werden. Bei der Foltersituation indes hat der Täter sein Handeln bereits abgeschlossen. Es geht nun darum, durch Einwirken auf den Täter die Auskünfte zu erhalten, um die Folgen, die durch das Unterlassen des Täters eintreten würden, zu verhindern. Der Täter soll *instrumentalisiert* werden, um die notwendigen Informationen zu beschaffen.⁸¹⁸ Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Situationen liegt also darin, dass der gezielte Todesschuss dem Täter „nur“ das Leben nimmt, während die Folterhandlung sich nicht in der Schmerzzufügung erschöpft, sondern einen direkten Angriff auf die Menschenwürde darstellt, welche – entgegen *Brugger* – oberhalb des Rechts auf Leben angesiedelt ist.⁸¹⁹ Der Täter soll nämlich durch die Schmerzen dahin gebracht werden, dass er nicht mehr frei entscheiden kann, ob und was er aussagt oder verschweigt. Der Täter wird auf ein „Informationsobjekt“ reduziert. Es mag nun gefragt werden, worin denn der Unterschied zu einer Situation bestünde, in der die Polizei vor dem Todesschuss einen eindeutigen Warnschuss abgibt, durch den der Täter zur Aufgabe (gegen seinen Willen) bewogen werden soll. Im Falle eines Warnschusses appelliert die Polizei an die *Vernunft* des Täters, mit seinem Verhalten aufzuhören. Der Täter steht vor der Wahl, möglicherweise sein Leben zu verlieren oder sein Vorhaben aufzugeben. Er hat eine echte Entscheidungsalternative. Der Gefolterte aber soll sich nicht dafür entscheiden können, nichts zu sagen. Er soll durch die Folter so weit gebracht werden, dass er auf jeden Fall die gewünschte Aussage macht.⁸²⁰ Darin lag gerade die Funktion der Folter über die Jahrhunderte: Der Folterknecht hatte es in der Hand, jede gewünschte Aussage aus dem Gefolterten herauszupressen. Der Vergleich der Situation des Todesschusses mit der Lage der Folter darf also nicht bei der *äußeren Betrachtung* stehen bleiben, also bei der Lebensbedrohung des Opfers

⁸¹⁸ *Burgi/Teuber*, NWVBl 2004, S. 401 (406).

⁸¹⁹ *Marx*, KJ 2004, S. 278 (300); *Roxin*, in: FS Eser, S. 461 (464); *Saliger*, ZStW 116 (2004), S. 35 (47); *Ziegler*, KritV 2004, S. 50 (56): „Die Argumentation mit einer ‚Bewertungslücke‘ überschreitet aber verfassungsrechtliche Grenzen, indem sie die vom Grundgesetz selbst anerkannte besondere Wertigkeit der Menschenwürde unberücksichtigt läßt.“

⁸²⁰ *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 59 (70), spricht in diesem Zusammenhang von einer „reinen Instrumentalisierung“ des so Verhörten.

einerseits und der Tötung oder Gesundheitsbedrohung des Täters andererseits. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass durch die Folter die Menschenwürde angegriffen wird, die aber nach dem GG unverletzlich ist.⁸²¹

Auch *Brugger* deutet bereits an, dass es sich bei der Foldersituation um ein *aliud* handeln könnte. Die „passive Hinnahme“ des Todesschusses, die letztlich die Willensentschließung des Täters unberührt lasse und das „aktive Bekennenmüssen“ des Gefolterten als Folge der Beugung seines Willens unterschieden sich in rechtlicher Hinsicht.⁸²² Dennoch plädiert *Brugger* für das Bestehen einer Wertungslücke, weil er das gesetzliche Verbot, die Auskunftspflicht mit Zwang durchzusetzen, gegenüber dem finalen Todesschuss als „unvernünftig und ungerecht“ ansieht.⁸²³ Diese Argumentation ist nicht stringent. Begreift man die beiden Situationen als „aliud“ und damit als nicht vergleichbar, so kann die unterschiedliche rechtliche Behandlung auch nicht „ungerecht“ sein. „Unvernünftig“ ist sie schon gar nicht, weil der Gesetzgeber hier das verfassungsrechtlich und völkerrechtlich gebotene Folterverbot umgesetzt hat.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen dem finalen Todesschuss und der Gefahrenabwehrfolter besteht darin, dass ersterer in der Öffentlichkeit stattfindet, während die Folter im Verborgenen vollzogen wird.⁸²⁴ Eine Ausuferung ist bei der Folter *in praxi* fast schon vorprogrammiert, während der Todesschuss sofort ein öffentlich bekanntes Ereignis ist und damit auch der Kontrolle durch die Öffentlichkeit anheim gestellt ist. Ein „Dammbruch“ ist mithin beim Todesschuss nicht zu befürchten. Hinzu kommt, dass der Nutzen der Anwendung der Gefahrenabwehrfolter immer einem Restzweifel unterliegen wird. Die Einschätzung der Gefahr des bedrohten Rechtsguts und die Beurteilung, inwieweit der zu Folternde diese Gefahr abwenden kann, bleiben

⁸²¹ Ebenso *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (485); vgl. auch *Husmann*, VR 2004, S. 109 (112), die – mit Bezug auf Michael Pawlik – die unterschiedliche Behandlung wegen der „unterschiedlichen symbolischen Bedeutung dieser beiden Akte“ für gerechtfertigt hält; siehe auch *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (43): „Polizeilicher Rettungsschuss und Foltermaßnahmen stehen jedenfalls nicht im Verhältnis eines Mehr und Weniger. Es sind gänzlich verschiedene Eingriffstypen.“

⁸²² *Brugger*, VBlBW 1995, S. 414, 446 (448).

⁸²³ *Brugger*, ebd., S. 414, 446 (449).

⁸²⁴ *Ellbogen*, Jura 2005, S. 339 (342).

Prognoseentscheidungen.⁸²⁵ Es ist zwar eine der Voraussetzungen der These von Brugger, dass Folter nur angewendet werden dürfe, wenn die Situation eindeutig ist, jedoch wird es absolute Sicherheit nie geben, sondern nur die subjektive Sicherheit des entscheidenden Amtsträgers. Beim gezielten Todesschuss hingegen ist der Sachverhalt wesentlich eindeutiger, um nicht zu sagen sicher: Der Geiselnnehmer hat die Geisel vor aller Augen in seiner Gewalt. Ein weiteres Argument für die Unterschiedlichkeit der beiden Situationen liegt in dem Umstand, dass der Todesschuss die Geisel(n) direkt befreit, während die Folter nur mittelbar zur Rettung der Opfer beiträgt.⁸²⁶

Nach hiesigem Dafürhalten besteht also kein Wertungswiderspruch zwischen der Zulässigkeit des finalen Todesschusses auf der einen Seite und dem absoluten Verbot, in Extremsituationen zum Zwecke der Gefahrenabwehr Folter einzusetzen, auf der anderen Seite. Letztlich aber wäre selbst bei einem Wertungswiderspruch zwischen beiden Situationen nicht der Schluss zu ziehen, dass nunmehr auch die Folter unter bestimmten Umständen zulässig sein müsse. Vielmehr darf das Polizeirecht nicht im Widerspruch zum GG stehen, das die Folter verbietet.⁸²⁷ Die Auflösung eines etwaigen Wertungswiderspruchs bestünde also nicht in der Legalisierung der Folter, sondern in der Abschaffung des finalen Rettungsschusses.

Überdies ist es auch sehr zweifelhaft, ob die zur Gefahrenabwehr eingesetzte Folter mit dem (gerade im Polizeirecht besonders ausgeprägten) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren ist.⁸²⁸ Die Folter dürfte bereits kein geeignetes Mittel sein, um effektiv Gefahren abzuwehren. Will der Bombenleger in dem oben geschilderten Fall den Aufenthaltsort der Bombe nicht verraten, so kann er immer wieder einen falschen Ort angeben, an dem sich die Bombe befinden soll. Die Folter müsste so lange ausgesetzt werden, bis überprüft ist, ob die Angaben wahr sind. Könnte die Bombe an dem besagten Ort nicht aufgefunden werden, so würde zwar erneut mit der Folter begonnen werden, aber auch jetzt wäre eine Falschangabe seitens des Bombenlegers möglich. Bei der Angemessenheitsprüfung wäre dann wieder zu beachten, dass bei demjenigen, der gefoltert wird, die Menschenwürde auf dem Spiel steht. Überdies wird darauf hingewiesen, dass außer dieser konkreten

⁸²⁵ Kinzig, ZStW 2003, S. 791 (806 f.).

⁸²⁶ Neuhaus, GA 2004, S. 521 (534 f.).

⁸²⁷ Vgl. hierzu Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 529.

⁸²⁸ Vgl. hierzu: Jerouschek/Kölbel, JZ 2003, S. 613 (617 ff.).

Güterabwägung zwischen den Rechten des Gefolterten und der durch die Folter geschützten Person auch Interessen *Dritter* auf dem Spiel stehen, nämlich die der Amtsträger, die die Folter durchführen müssen. Psychische Langzeitfolgen und soziale Ächtung desjenigen, der gefoltert hat, sind sehr wahrscheinlich.⁸²⁹

d) Zwischenergebnis

Es gibt im deutschen Recht keine Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung der Gefahrenabwehrfolter. An diesem Ergebnis ändert auch die Zulässigkeit des finalen Todesschusses nichts.

2. Folterverbot im Strafrecht

Im Rahmen der Strafverfolgung gibt es Vorschriften sowohl im StGB als auch in der StPO, die verhindern sollen, dass ein Straftäter „von Amts wegen“ gefoltert wird. Während § 136 a StPO regelt, welche Vernehmungsmethoden verboten sind,⁸³⁰ verleiht das StGB dem Verbot durch Androhung von Strafe Nachdruck.

a) Folter im Rahmen der Strafverfolgung

Die in der Folter liegende *Körperverletzung* wird – je nach Art der Beibringung oder Schwere der Verletzung – von den §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 226, 227 bzw. § 340 StGB für Amtsträger sanktioniert.⁸³¹ Die der Folter innewohnende *Zwangslage* bedrohen § 240 StGB⁸³² und – spezifischer – § 343 StGB mit Strafe. Nach § 343 StGB ist die Aussageerpressung ein Verbrechen, das jeder Amtsträger verwirklicht, der bei der Mitwirkung in bestimmten Verfahren einen anderen körperlich misshandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen. Mit der Aussageerpressung wird im Wesentlichen das unter Strafe gestellt, was auch

⁸²⁹ Jerouschek/Kölbel, ebd., S. 613 (618).

⁸³⁰ Dazu siehe unten 2. Teil B II 3.

⁸³¹ Siehe hierzu auch Schild, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 59 (63 f.).

⁸³² Siehe Schild, ebd., S. 59 (64 f.).

rechtshistorisch schon als Folter galt.⁸³³ Subsidiär ist die in der Folter enthaltene Nötigung auch nach § 240 StGB strafbar. Hier ist besonders auf das strafscharfende Regelbeispiel des § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 StGB zu verweisen, nach dem der Missbrauch der Amtsbefugnisse in der Regel mit einer höheren Strafe geahndet wird.⁸³⁴

b) Gefahrenabwehrfolter

Für den Sonderfall der Gefahrenabwehrfolter stellt sich die Frage, ob und wie sich der durch die Folter angestrebte „gute“ Zweck der Gefahrenabwehr in der strafrechtlichen Bewertung niederschlägt. Insbesondere ist zu klären, ob der Tatbestand der Aussageerpressung nach § 343 StGB auch im Falle einer Gefahrenabwehrfolter erfüllt sein kann. § 343 StGB setzt voraus, dass der Amtsträger *im Rahmen eines Verfahrens* Gewalt gegen den Körper oder die Psyche mit der *Absicht* anwendet (bzw. Gewalt androht), um dem so Behandelten eine Aussage in dem Verfahren abzurufen. Bei der Gefahrenabwehrfolter ist zunächst zweifelhaft, ob es sich um eine Gewaltanwendung *im Rahmen eines Verfahrens* handelt. Teils wird unter Berufung auf die Schwerpunkttheorie davon ausgegangen, dass bei doppelfunktionalem polizeilichen Handeln, also zugleich repressivem und präventivem Tätigwerden, eine Aussageerpressung jedenfalls dann ausscheidet, wenn der Amtsträger *vor allem* zum Zwecke der Prävention, d. h. nicht im Rahmen eines Strafverfahrens, handelt.⁸³⁵ Andere sehen zwar den objektiven Tatbestand des § 343 Abs. 1 StGB auch bei schwerpunktmäßig präventivem Handeln als gegeben an, lehnen jedoch gleichwohl eine Strafbarkeit des Amtsträgers unter Berufung auf den fehlenden subjektiven Tatbestand ab, da die erforderliche *Absicht*, eine Aussage *in dem Verfahren* abzurufen, nicht vorliege.⁸³⁶ Wieder andere neigen dazu, die Verwirkli-

⁸³³ Über die physische Einwirkung auf den Körper hinaus erkennt § 343 StGB, anders als in der Rechtsgeschichte, auch die seelische Qual als in gleicher Weise verwerflich an.

⁸³⁴ Im Frankfurter Entführungsfall sprach sich das LG Frankfurt a. M. grundsätzlich für das Vorliegen des § 240 IV Nr. 3 StGB aus; dagegen Ziegler, KritV 2004, S. 50 (65).

⁸³⁵ Für die fehlende objektive Tatbestandsmäßigkeit von § 343 StGB: Erb, Jura 2005, S. 24 mit umfangreichen Nachweisen zum gesamten Streitstand; Haurand/Vahle, NVwZ 2003, S. 513 (519); Ziegler, KritV 2004, S. 50 (52).

⁸³⁶ Für objektiven und gegen subjektiven Tatbestand des § 343 StGB: Ellbogen, Jura 2005, S. 339 (339 f.); Jeßberger, Jura 2003, S. 711 (712); vorsichtiger

chung sowohl des objektiven als auch des subjektiven Tatbestandes der Aussageerpressung selbst in den Fällen anzunehmen, in denen die Aussage (maßgeblich) der Abwendung einer Gefahr dienen soll.⁸³⁷

Ob der Tatbestand des § 343 Abs. 1 StGB verwirklicht ist, hängt selbstverständlich von den Umständen des konkreten Falles ab und kann hier nicht losgelöst vom Einzelfall beantwortet werden. In der Tendenz überzeugend ist es jedoch, den objektiven Tatbestand auch dann zu bejahen, wenn der tätig werdende Ermittlungsbeamte in der konkreten Befragung allein das Ziel der Gefahrenabwehr vor Augen hat. Trotz dieses Zieles der Gefahrenabwehr ist er zumindest *auch* als Amtsträger in dem *Strafverfahren* tätig. Eine Trennung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen wäre in aller Regel lebensfremd, gekünstelt und für den Befragten in einer Stresssituation nicht nachvollziehbar.⁸³⁸ Der subjektive Tatbestand, der die Absicht voraussetzt, dass die Nötigung geschieht, *um in dem Verfahren etwas auszusagen*, wird dagegen i. d. R. nicht erfüllt sein. Zwar reicht es für die Absicht grundsätzlich aus, wenn ein sog. *notwendiges Zwischenziel* angestrebt wird. Schon daran fehlt es aber. Für ein Zwischenziel müsste es die Verhörsperson wenigstens als eine Hürde auf dem Weg zum Endziel anstreben, eine Aussage zu erpressen, um den Täter zu überführen. Schulbeispiel hier-

Kretschmer, Recht und Politik 2003, S. 102 (103), der § 343 StGB zwar ablehnt, wenn die Aussage ausschließlich zum Zwecke der Prävention abgenötigt wird, allerdings zugleich darauf hinweist, dass eine solch strikte Trennung von Prävention und Repression in der Praxis kaum möglich ist.

⁸³⁷ Kinzig, ZStW 2003, S. 791 (796); Neuhaus, GA 2004, S. 521 (522 ff.): „notwendiges Zwischenziel“ reicht aus; Saliger, ZStW 116 (2004), S. 35 (62); Lüderssen, FS Rudolphi, S. 691 (706 f., 710), der dies als „Tatfrage“ bezeichnet und der es zumindest für nicht unwahrscheinlich hält, dass im Frankfurter Fall doch maßgeblich Strafverfolgungsinteressen im Vordergrund standen.

⁸³⁸ Vgl. insoweit auch Haurand/Vable, NVwZ 2003, S. 513 (513), die Entführungsfälle im Hinblick auf polizeiliche Tätigkeit charakterisieren als „Gemeingelage ...“, bei der Aufgaben der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr zusammenfließen, sich überlappen und fast untrennbar miteinander verschränkt erscheinen.“ Normalerweise werden die durch die Polizei erhobenen Daten auch nicht nach den Bereichen „Gefahrenabwehr“ und „Strafverfolgung“ getrennt. Eine Grenze sei freilich dort zu ziehen, wo Daten zu einem der Zwecke nicht ermittelt werden dürfen (S. 517 f.). Obwohl die Autoren die „organisatorische Kopplung der beiden Aufgaben“ als den Normalfall ansehen (S. 519), sprechen sie sich allerdings dafür aus, dass § 343 StGB nicht einschlägig ist, wenn es der Polizei um Gefahrenabwehr geht.

für ist der Provisionsvertreterbetrug, bei dem der Vertreter einen Vermögensvorteil zugunsten seines Unternehmers anstrebt, um auf der Grundlage des so abgeschlossenen Vertrages seine Provision zu erlangen. In den Folterfällen stellt sich die Lage jedoch grundsätzlich anders dar: Der Tatverdacht ist bereits derart erhärtet, dass es dem ermittelnden Amtsträger zu diesem Zeitpunkt nicht auf weitere Beweise, sondern einzig auf die Verhinderung der Gefahr ankommt. Eine so erzwungene Aussage hat zwar doppelten Nutzen (nämlich notwendige Hilfe zur Gefahrenabwehr und zusätzlicher Beweis für die Täterschaft), aber die Verhörsperson strebt nicht das eine (den zusätzlichen Beweis) an, um das andere (die Gefahrenabwehr) zu bewirken. Vielmehr ist die *Aussage* des Verhörten selbst doppelfunktional und *nicht* die *Absicht* der Verhörsperson.

Im Rahmen der Gefahrenabwehrfolter stellt sich die Frage, ob das nötige Verhalten im Rahmen des § 240 StGB strafbar ist, d. h. ob Folter auch in Gefahrenabwehrfällen nach § 240 Abs. 2 StGB „verwerflich“ ist. Dies muss im Ergebnis bereits deshalb bejaht werden, da das GG in Art. 1 Abs. 1 vorgibt, dass jeder Eingriff in die Menschenwürde, der bei einer Folter vorliegt, verwerflich ist. Menschenwürde darf gerade nicht gegen andere Güter abgewogen werden. Dass der Zweck nicht alle Mittel heiligt, gilt nirgendwo mehr als in Bezug auf Art. 1 Abs. 1 GG, der nach der Wertung des GG „unantastbar“ ist.⁸³⁹

aa) Möglichkeit der Berufung eines Amtsträgers auf einen Rechtfertigungsgrund

Nachdem erkannt wurde, dass Folter auch als Maßnahme der Gefahrenabwehr strafbar ist, stellt sich die Frage, ob eine solche Foltermaßnahme ggf. strafrechtlich gerechtfertigt werden kann. Im Rahmen der Diskussion einer möglichen Ermächtigungsgrundlage für Foltermaßnahmen wurde bereits geklärt, dass sich ein Amtsträger nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, um seine Folterhandlungen *öffentlich-rechtlich* zu legitimieren. An dieser Stelle geht es nun allein um die *strafrechtliche Rechtfertigung* des Amtsträgers.

Umstritten ist zunächst, ob sich ein Hoheitsträger zugunsten Dritter überhaupt auf einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund berufen

⁸³⁹ Näheres hierzu LG Frankfurt a. M., NJW 2005, S. 692 (694); Ellbogen, JURA 2005, S. 339 (340 f.); Ziegler, KritV 2004, S. 50 (63).

kann.⁸⁴⁰ Nach der hier vertretenen Ansicht kann zwar ein Rechtfertigungsgrund nicht als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden, jedoch darf die Berufung hierauf im Rahmen eines *Strafverfahrens* auch einem Amtsträger nicht abgeschnitten werden. Denjenigen, die hier den Rückgriff auf einen Rechtfertigungsgrund ablehnen, ist entgegenzuhalten, dass dadurch der Amtsträger gegenüber jedem anderen Bürger unzulässig benachteiligt würde. Es wäre insbesondere nicht hinnehmbar, wenn einem Polizeibeamten beispielsweise sein Notwehrrecht abgeschnitten würde.⁸⁴¹ Das Argument, dass der Amtsträger aufgrund seiner Position anders beurteilt werden müsse als ein „gewöhnlicher“ Bürger, ist nicht überzeugend. Der Amtsträger muss zwar wissen, was seine Amtsbefugnisse überschreitet, muss Konfliktsituationen gewachsen sein. Dienstrechtlich gesehen ist er daher auch für die Folgen seines Handelns verantwortlich (vgl. §§ 77, 78 BBG).⁸⁴² Hinsichtlich der *allgemeinen* strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist er dagegen einem Bürger gleichzustellen, weil er sich in eben jener gleichen Konfliktsituation befindet wie der Bürger. Allein die Tatsache, dass der Amtsträger während seines Dienstes gehandelt hat, vermag die Versagung auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe nicht zu tragen. Man würde sonst Unmenschliches vom Amtsträger verlangen, obwohl dieser in besonderem Maße Extremsituationen ausgesetzt ist. Die Argumentation, dass das Fehlen einer polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlage den Rückgriff auf einen Rechtfertigungsgrund sperrt, übersieht also, dass es im Bereich des Strafrechts nicht um die Befugnis zur Gefahrenabwehr und die Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlichen Handelns geht, sondern um die persönliche Strafbarkeit des Amtsträgers.⁸⁴³ Überdies ist zu beachten, dass landesrechtliche Polizeigesetze nicht das bundesgesetzliche Strafgesetzbuch einschränken dürfen (vgl. Art. 31 GG).⁸⁴⁴ Hätte der Bundesgesetzgeber Amtsträger härter heranziehen wollen, so hätte er entweder in den §§ 340, 343 StGB eine Berufung des Amtsträgers auf allgemeine Rechtfertigungsgründe ausschließen oder die Regelung der Rechtfertigungsgründe auf Nicht-Amtsträger begrenzen können. Aus dem Fehlen derartiger Einschränkungen

⁸⁴⁰ Zum Meinungsstreit siehe oben 2. Teil B II 1 b).

⁸⁴¹ Rogall, JuS 1992, S. 551 (557).

⁸⁴² Vgl. Beisel, JA 1998, S. 721 (723).

⁸⁴³ Jeßberger, Jura 2003, S. 711 (713); Ellbogen, Jura 2005, S. 339 (341).

⁸⁴⁴ Beisel, JA 1998, S. 721 (723).

lässt sich folgern, dass sich auch ein Amtsträger auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe berufen kann.

bb) Notwehr und Nothilfe

In Betracht kommt, dass sich ein Hoheitsträger, der sein Leben bzw. das Leben eines anderen Menschen durch die Anwendung von Folter schützen will, auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr bzw. der Nothilfe berufen kann. Nach § 32 StGB ist gerechtfertigt, wer eine Tat begeht, die durch Notwehr bzw. Nothilfe geboten ist. Notwehr bezieht sich dabei auf eine Situation, in der die sich wehrende Person selbst angegriffen wird (z.B. wenn der Hoheitsträger selbst auch dem Angriff durch den Terroristen ausgesetzt ist, vorstellbar etwa in „Tsickingbomb“ – Situationen). Nothilfe kommt bei der Abwehr eines Angriffs auf einen Dritten in Betracht. Ob die Tat nach § 32 StGB gerechtfertigt werden kann, muss grundsätzlich für jeden Fall gesondert entschieden werden. Die Prüfung eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs⁸⁴⁵ sowie die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung kann daher nicht allgemein für alle Fälle festgestellt werden.⁸⁴⁶ Einzig der Frage, ob eine Verteidigungshandlung in Form der Folter überhaupt *geboten* sein kann, soll an dieser Stelle nachgegangen werden. Über die Gebotenheitsklausel strahlen nach weit verbreiteter Ansicht sog. *sozialethische Einschränkungen* in die Prüfung der Notwehr ein.⁸⁴⁷ Zur nä-

⁸⁴⁵ Für den Frankfurter Entführungsfall wird man wohl das Schweigen des Festgenommenen als Angriff durch Unterlassen werten können (vgl. *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I § 15, Rn. 104, S. 706); siehe aber auch *Perron*, in: FS Weber, S. 143 (147 f.).

⁸⁴⁶ Siehe hierzu das Fallbeispiel bei *Norouzi*, JA 2005, S. 306 (308), sowie ausführliche allgemeine Erwägungen zur Notwehrlage und „Erforderlichkeit“ der Folter im Falle einer Entführung oder eines Terroranschlags bei *Erb*, Jura 2005, S. 24 (24 ff.), sowie knapper auch bei *Fahl*, JR 2004, S. 182 (186). Im Frankfurter Entführungsfall hielt das LG Frankfurt die Androhung von Schmerzen nicht für erforderlich, weil zuvor noch andere Maßnahmen möglich gewesen wären (NJW 2005, S. 693); siehe auch *Neuhaus*, GA 2004, S. 521 (527), der darauf hinweist, dass § 343 Abs. 1 StGB schon deswegen nicht durch Nothilfe gerechtfertigt werden kann, weil sich die Nothilfehandlung nur gegen den Angreifer richten darf, die Aussageerpressung aber in erster Linie auf den Schutz der Rechtspflege abzielt.

⁸⁴⁷ Siehe nur *Kühl*, Strafrecht AT, § 7, Rn. 163; a. A. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts § 32 III 2, die die sozialethischen Einschränkungen der

heren Umreißung der Gebotenheit haben sich bestimmte Fallgruppen der sozialetischen Notwehreinschränkung herauskristallisiert.⁸⁴⁸ In diesem Sinne wird ein Rückgriff auf die Notwehr u. a. versagt, wenn ein grobes, unerträgliches Missverhältnis zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und der durch die Verteidigungshandlung bewirkten Rechtsverletzung besteht.⁸⁴⁹ Für ein grobes Missverhältnis spricht im Falle der Folter, dass die Menschenwürde klar über dem Schutz des Lebens steht. Dies wird schon durch die herausgehobene Stellung der Menschenwürde in der Verfassung deutlich. Andererseits ist auch das Leben der durch den Straftäter bedrohten Bevölkerung ein besonders hochwertiges Rechtsgut.⁸⁵⁰ Das Leben ist Voraussetzung dafür, alle anderen Grundrechte genießen zu können.⁸⁵¹ Angesichts dieses hohen Wertes des Rechts auf Leben ist es zweifelhaft, ob von einem „krassen“ Missverhältnis gesprochen werden kann, wenn die Würde des Befragten angetastet wird, um Menschenleben zu retten. Ein grobes Missverhältnis scheidet zumindest dann aus, wenn auch die Würde der durch den Straftäter bzw. Terroristen bedrohten Menschen auf dem Spiel steht. Die Fallgruppe des „krassen Missverhältnisses“ greift hier somit nicht als sozialetische Notwehreinschränkung ein. Auch die anderen Fallgruppen⁸⁵² sind nicht einschlägig. Im Raum steht daher die Frage, ob der Fall der Gefahrenabwehrfolter möglicherweise eine neue Fallgruppe bildet. Die Fallgruppen sind nämlich nicht als abschließend zu betrachten.⁸⁵³ Hintergrund dieser Ausnahme-Fallgruppen zur Notwehr ist die

Notwehr nicht über die Gebotenheitsklausel vornehmen, sondern auf diejenigen Grundprinzipien zurückführen, auf denen das Notwehrrecht fußt.

⁸⁴⁸ Übersicht bei Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 343 ff.; Kühl, Strafrecht AT, § 7, Rn. 168.

⁸⁴⁹ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 32, Rn. 50; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 343.

⁸⁵⁰ Das menschliche Leben wurde in der *Schleyer-Entscheidung* des BVerfG als „Höchstwert“ bezeichnet: BVerfGE 46, 160 (164).

⁸⁵¹ BVerfGE 39, 1 (42).

⁸⁵² Neben dem groben Missverhältnis ist Notwehr nicht geboten bei Angriffen von Kindern oder ersichtlich im Irrtum befindlichen bzw. schuldlos handelnden Personen oder auch bei Angriffen im Rahmen des nahen Familienkreises sowie auch bei vorangegangener absichtlicher Provokation der Person, die sich auf die Notwehr beruft.

⁸⁵³ Norouzi, JA 2005, S. 306 (308).

Überlegung, dass die Notwehr, die ihrerseits eine Ausnahme zur Strafbarkeit bildet, auf den Prinzipien des *Individualschutzes* und der *Rechtsbewährung* basiert.⁸⁵⁴ Kommt eines dieser Prinzipien nicht zum Tragen – wie bei den vorgenannten Fallgruppen – so scheidet eine Berufung auf die Notwehr aus. Hinsichtlich der Gefahrenabwehrfolter ist zu fragen, ob dem Amtsträger der Grundsatz der Rechtsbewährung zur Seite steht, d. h. ob der Amtsträger durch die Folter zugleich auch die Rechtsordnung als Ganzes bewahren bzw. verteidigen will.⁸⁵⁵ Der Amtsträger will zweifelsohne Unrecht verhindern, doch stellt die Folter einen ganz erheblichen Angriff auf die Rechtsordnung als Ganzes dar. Die Folter verletzt – wie gezeigt – die Menschenwürde in besonders eklatanter Weise, sie ist geradezu *das* Paradebeispiel für eine menschenwürdeverachtende Behandlung. Die Zulassung von Folter würde die Rechtsordnung in ihrem Kern angreifen, den Rechtsstaat selbst in Frage stellen.⁸⁵⁶ Folter ist also ein völlig ungeeignetes Mittel, um die Rechtsordnung zu bewahren. Sie provoziert vielmehr den Unrechtsstaat. Selbst ohne das Argument der fehlenden Rechtsbewährung käme man zu demselben Ergebnis durch die Überlegung, dass eine Tat nicht *geboten* sein kann, die gegen den Grundpfeiler der Verfassung verstößt.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, § 15, Rn. 1.

⁸⁵⁵ Vgl. zum Prinzip der Rechtsbewährung eingehend Kühl, JuS 1993, S. 177 (179 ff.).

⁸⁵⁶ Siehe oben 2. Teil B I 3 e) dd).

⁸⁵⁷ Im Ergebnis ebenso: Ellbogen, Jura 2005, S. 339 (341); Jeßberger, Jura 2003, S. 711 (714); Kinzig, ZStW 2003, S. 791 (811); Norouzi, JA 2005, S. 306 (309), geht von einer neuen Fallgruppe, nämlich der „evident rechtsstaatswidrigen Verhaltens“, aus, bei der die Gebotenheit der Nothilfe entfällt; Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, § 15, Rn. 106, S. 707; Wittreck, DÖV 2003, S. 873 (876), deutet ebenfalls an, dass die Ausstrahlungswirkung des Art. 1 Abs. 1 GG zu einer engen Auslegung des Nothilfe führen kann, lässt dieses Problem aber im Ergebnis offen; Saliger, ZStW 116 (2004), S. 35, 48 f.; ferner Hilgendorf, JZ 2004, S. 331 (339), der einen sozialetischen Einschränkungsground in den internationalen Folterverboten sieht; a. A. Erb, Jura 2005, S. 24 (26 ff.), der allerdings bei seiner Argumentation übersieht, dass die Folter *per definitionem* ein staatliches Handeln verlangt und sich nicht nur in privatem Handeln erschöpfen darf. Seine Argumentation (S. 27), nach der der Staat aktiv die Menschenwürde des rechtswidrig Angegriffenen verletze, indem er dem zu Hilfe eilenden den Rückgriff auf die Nothilfe verwehre, ist jedenfalls für den Fall des folternden Polizisten abwegig. Hier kommt allenfalls eine Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht, aber keine staatliche Menschenwürdeverletzung (auf S. 29 bezieht

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird überdies durch die Tatsache bestätigt, dass die Annahme einer Nothilfe dazu führen würde, dass es dem Gefolterten unter Strafandrohung verboten wäre, sich gegen die Folter zu wehren.⁸⁵⁸

cc) Notstandshilfe

In Betracht kommt weiter, dass sich ein Hoheitsträger, der einen anderen Menschen foltert, um Leben zu retten, auf den rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB berufen kann. Danach ist gerechtfertigt, wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder andere Rechtsgüter eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt und wenn die Tat zur Gefahrenabwehr angemessen ist. Im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine gegenwärtige und nicht anders als durch Folter abwendbare Gefahr für das Leben besteht. Von besonderem Interesse ist, ob – bei Abwägung zwischen dem zu rettenden Leben einerseits und der Menschenwürde des Gefolterten andererseits – das Interesse am Schutz des Lebens das beeinträchtigte Interesse am Schutz vor Folter *wesentlich überwiegt*.⁸⁵⁹ § 34 Satz 1 StGB ist Ausdruck der *Interessenabwägungstheorie*⁸⁶⁰ und geht damit über eine bloße Abwägung der in Frage stehenden *Rechtsgüter* hinaus. Maßgeblich sind somit neben dem Rangverhältnis der abstrakten Rechtsgüter *alle* Faktoren, die das schutzwürdige Interesse im Einzelfall ausmachen.⁸⁶¹ Die Gegenüberstellung der *Rechtsgüter* ist mithin nur *Teil* des Gesamtabwägungsprozesses.⁸⁶² Der Abwägungsprozess ist folglich bezüglich der hier diskutierten Folterproblematik nicht schon damit zuungunsten des Lebensschutzes entschieden, dass das Rechtsgut des Lebens nicht die Menschenwürde in seiner Bedeutung übertrifft, vielmehr ein umgekehrtes Rangverhältnis herrscht. Die

Erb ausdrücklich auch Amtsträger ein). Für mögliche Rechtfertigung auch *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 199 f.

⁸⁵⁸ Siehe *Lüderssen*, in: FS Rudolphi, S. 691 (698).

⁸⁵⁹ Vgl. den Wortlaut von § 34 Satz 1 StGB.

⁸⁶⁰ *Hirsch*, in: LK, StGB § 34, Rn. 3.

⁸⁶¹ *Hirsch*, ebd.

⁸⁶² *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34, Rn. 22.

Höherwertigkeit der Menschenwürde gegenüber dem Lebensschutz ist lediglich ein Indiz für ein höherwertiges Interesse.⁸⁶³ In die Interessenabwägung einzubeziehen sind darum auch Faktoren wie Modus und Ursprung der Gefahr, etwaige besondere Gefahrtragungspflichten oder auch Schutzpflichten.⁸⁶⁴ Die Gefahr für das schutzbedürftige Leben wird in den Fällen der Gefahrenabwehrfolter durch denjenigen bewirkt, dessen Menschenwürde durch Folter verletzt wurde. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, dass das Interesse am Schutz des Lebens im Rahmen der Abwägung besonders hoch anzusiedeln ist.

Insgesamt aber führen diese Überlegungen hier nicht zu dem Ergebnis, dass das Interesse am Leben des Opfers das Interesse des Gefolterten an seiner Menschenwürde *wesentlich* überwiegt. Ausgangspunkt ist, dass nach allgemeiner Ansicht auch einem Straftäter ein Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde zusteht.⁸⁶⁵ Der Anspruch auf Achtung seiner menschlichen Würde kann nicht verwirkt werden, also auch nicht dadurch abhanden kommen, dass er für die Gefahr der Opfer verantwortlich ist. Darüber hinaus ist Folgendes zu beachten: Wenn schon anerkanntermaßen der Grundsatz gilt, dass im Rahmen des § 34 StGB nie ein Menschenleben gegen ein anderes abgewogen werden darf,⁸⁶⁶ so muss es *erst recht* verboten sein, das das Leben noch übertreffende Rechtsgut der Menschenwürde in die Waagschale zu werfen (auch wenn eine Situation der „Würdekollision“ vorliegt). Das Verbot, Leben gegen Leben abzuwägen, beruht auf der Annahme, dass der Lebensschutz „absolut“ sein müsse, weil Leben ein unersetzbares Gut ist. Der Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde ist aber nach dem GG noch oberhalb des Grundsatzes des absoluten Lebensschutzes angesiedelt.

Die Rechtfertigung der Folterhandlung müsste spätestens an § 34 Satz 2 StGB scheitern. Danach muss die Tat ein „angemessenes Mittel“ sein,

⁸⁶³ Vgl. zur Rechtsgüterabwägung: *Küper*, Darf sich der Staat erpressen lassen?, S. 106 f.; Auseinandersetzung mit dem Stellenwert der Menschenwürde im GG: *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (877 f.).

⁸⁶⁴ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn. 311.

⁸⁶⁵ Siehe oben Fn. 638 ff.

⁸⁶⁶ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 34, Rn. 7. Dieser Grundsatz wurde neuerdings anlässlich der Gefahren durch Terroristen hinterfragt, vgl. *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (29 f.) sowie § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz, BGBl 2005, Teil I, S. 78, das zum Abschuss eines Flugzeuges zum Schutze anderer Menschen ermächtigte. Diese Regelung wurde durch BVerfGE 115, 118 (165) für nichtig erklärt.

um die Gefahr abzuwenden. Inwieweit diesem Satz neben der Interessenabwägung eigenständige Bedeutung zukommt, wird zwar nicht einheitlich beurteilt, überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass es sich um eine unabhängige zweite Wertungsstufe handelt.⁸⁶⁷ Es soll hier eine *sozialethische Gesamtbewertung* vorgenommen werden.⁸⁶⁸ Danach können Taten u. a. dann nicht gerechtfertigt werden, wenn sie in „unantastbare Freiheitsrechte“⁸⁶⁹ eingreifen bzw. „fundamentalen Wertprinzipien der Rechtsgemeinschaft“⁸⁷⁰ entgegenstehen. Da jede Folterhandlung – wie oben gezeigt – Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt, scheidet die Berufung auf den rechtfertigenden Notstand aus.⁸⁷¹

dd) Rechtfertigende Pflichtenkollision

Der Einsatz von Gefahrenabwehrfolter kann schließlich nicht durch Berufung auf eine Pflichtenkollision gerechtfertigt werden. Eine sog. rechtfertigende Pflichtenkollision liegt zutreffend nach h. M.⁸⁷² nur dann vor, wenn zwei Handlungspflichten miteinander konkurrieren, d. h. wenn sich der Täter in einer Situation befindet, in der er nur eine von zwei ihm obliegenden Pflichten erfüllen kann. So liegt indes die Situation bei der Folter zum Zwecke der Rettung anderer Menschenleben nicht. Hier begegnen sich vielmehr eine Handlungspflicht (aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zum Schutze der Bürger) sowie

⁸⁶⁷ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 34, Rn. 6 m. w. N. Nach a. A. wird § 34, Satz 2 StGB eine eigenständige Funktion abgesprochen (*Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 34, Rn. 46) und hierin nur eine „Kontrollklausel“ gesehen (*Hirsch*, in: LK, StGB § 34, Rn. 3, 79), da eine nach Satz 1 vorzunehmende Interessenabwägung bereits auch eine sozialethische Gesamtbewertung enthalte.

⁸⁶⁸ Vgl. Nachweise bei *Grebing*, GA 1979, S. 79 (92) Fn. 67.

⁸⁶⁹ Vgl. *Grebing*, ebd., S. 79 (93).

⁸⁷⁰ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rn. 318.

⁸⁷¹ Gegen rechtfertigenden Notstand auch *Kretschmer*, Recht und Politik 2003, S. 102 (106); *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, § 16, Rn. 97; a. A. *Jerouschek/Köbel*, JZ 2003, S. 613 (620); *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 134, (200).

⁸⁷² Siehe nur *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. I, § 16, Rn. 116 ff. m. w. N. zum gesamten Streitstand.

eine Unterlassenspflicht (aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG gegenüber dem Verhörten).⁸⁷³

ee) Entschuldigungsgründe

Nach der Ablehnung einer Rechtfertigung des zur Gefahrenabwehr folternden Amtsträgers bleibt zu prüfen, ob die Bestrafung aufgrund eines Entschuldigungsgrundes entfällt.

(1) Entschuldigender Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB)

Der entschuldigende Notstand nach § 35 Abs. 1 StGB scheidet für Fälle, in denen ein Polizist das Leben *anderer* Menschen mittels der Folter schützen will, aus, weil § 35 Abs. 1 StGB voraussetzt, dass der Täter handelt, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen, ihm nahe stehenden Person abzuwenden.

Es mag allerdings auch Fälle geben (wie z. B. die sog. „Ticking-bomb“ – Szenarien), in denen zusätzlich das Leben des Polizisten selbst auf dem Spiel steht. Vorstellbar ist unter diesen Umständen eine – wie von § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB geforderte – nicht anders abwendbare Gefahr für das Leben des Amtsträgers selbst (oder ihm nahe stehender Personen). Nicht auszuschließen ist, dass die Anwendung von Folter in einer solchen Situation der einzige Weg ist, um die gegenwärtige Gefahr abzuwenden. Jedoch kann sich der Amtsträger nach § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht entschuldigen, wenn ihm die Gefahr zugemutet werden kann, namentlich, weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand. Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber solche Fälle erfassen, „in denen die betreffenden Personen eine besondere Schutzpflicht gegenüber der Allgemeinheit übernommen haben, aufgrund derer sie verpflichtet sind, eine Gefahr für ihre Person hinzunehmen“.⁸⁷⁴ Polizeivollzugsbeamte sind in besonderer Weise dazu berufen, die Bürger zu schützen. Im „Ticking-bomb“ – Szenario rettet sich jedoch der betreffende Polizist *nicht auf Kosten der Allgemeinheit*, sondern er rettet sich *und* die Allgemeinheit auf Kosten des dringend Tatverdächtigen. Es ist damit nicht die § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB zugrunde liegende Situation ge-

⁸⁷³ So auch *Schild*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 59 (71 f.); *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, S. 114 f.

⁸⁷⁴ BT-Drucksache V/4095, S. 16.

geben, in der jemand seine „Schutzbefohlenen“ einer Gefahr preisgibt, um sich selbst zu retten. Dass es ihm nicht *ausschließlich* um den Schutz der Bürger, sondern auch um seine eigene Person geht, kann ihm wiederum gerade im Rahmen des § 35 StGB nicht vorgeworfen werden, weil dieser Entschuldigungsgrund nur anwendbar ist, wenn der sich hierauf Berufende gehandelt hat, um die Gefahr von sich oder einer ihm nahe stehenden Person abzuwenden.

Ist es danach also nicht ausgeschlossen, dass die Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes vorliegen können, fragt es sich, ob dieses Ergebnis im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 1 GG steht. An dieser Stelle ist der dogmatische Unterschied zwischen dem Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes und dem eines Entschuldigungsgrundes wesentlich. Während bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Handlung als nicht mehr verwerflich angesehen wird, entfällt bei einem Entschuldigungsgrund lediglich die an den Täter gerichtete *persönliche* Vorwerfbarkeit. Somit bleibt auch in dem Falle, dass ein Entschuldigungsgrund eingreift, das Stigma der Strafbarkeit der Folter grundsätzlich bestehen, so dass keine Gutheißung der Folter durch die Rechtsordnung erfolgt. Aufgrund der besonderen Konfliktlage entfällt bei einem Entschuldigungsgrund lediglich das Bedürfnis, den Täter für den Rechtsbruch strafen zu müssen. Die in der Gefahrenabwehrfolter liegende „Antastung“ der Menschenwürde wird somit durch den Verzicht auf den Schuldvorwurf nicht gebilligt. Andererseits verlangt Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, dass die Würde des Menschen von aller staatlichen Gewalt zu achten und zu schützen ist. Das Absehen vom Strafvorwurf der Folter reißt dagegen eine Lücke in die *umfassende* Strafverfolgung. Diese „Lücke“ ist jedoch insgesamt als verhältnismäßig gering einzustufen, weil davon auszugehen ist, dass der Polizist, der *selbst* (bzw. die ihm nahe stehende Person) durch die tickende Bombe bedroht ist, auch dann nicht anders handeln würde, wenn er wüsste, dass seine Tat unter keinen Umständen zu entschuldigen wäre. Das Übel der eigenen Bestrafung wird dem Amtsträger als gering im Vergleich zu der sich sonst verwirklichenden Gefahr erscheinen. Es ist also davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Entschuldigung nach § 35 StGB nicht zu einem Anstieg von Foltermaßnahmen führen würde, sondern nur zur Folge hätte, dass der betreffende Amtsträger nicht bestraft würde. Allerdings muss § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 GG so verstanden werden, dass eine Entschuldigung von Folter nur bei einer nicht anders abwendbaren Gefahr für das Leben in Betracht kommt.

Aus den vorstehend erwogenen Gründen verstößt der Verzicht auf den Schuldvorwurf in besonderen Fällen der Gefahrenabwehrfolter auch

nicht gegen Art. 4 FoK. Durch diese Bestimmung hat sich Deutschland verpflichtet, Folterhandlungen als Straftaten mit angemessenen Strafen zu sanktionieren. Wird die Folterhandlung nur entschuldigt, nicht aber gerechtfertigt, so gilt sie weiterhin als strafbares Unrecht. Das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes räumt nicht den Tatumwert aus, sondern besagt lediglich, dass die Tat dem Täter persönlich nicht anzulasten ist. Zwar führt das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes dazu, dass der Täter letztlich keine Strafe auferlegt bekommt. Dies allerdings ist im Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 FoK, der eine der Schwere der Tat „angemessene“ Bestrafung vorsieht, noch hinnehmbar: Die Tat kann nämlich in absoluten Extremsituationen aufgrund beschriebener Tatumstände und Motivationslage weniger schwer wiegen, so dass es ausnahmsweise „angemessen“ sein kann, von einem Schuldvorwurf abzusehen.⁸⁷⁵

(2) Übergesetzlicher entschuldigender Notstand

Die vom Schrifttum entwickelte Figur des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes soll gerade dort die Lücke füllen, wo der rechtfertigende Notstand nicht eingreift, weil sich die widerstreitenden Rechtsgüter nicht quantitativ oder qualitativ gegeneinander abwägen lassen, oder wo der entschuldigende Notstand ausscheidet, weil der Täter nicht handelt, um die Gefahr von sich oder einer verwandten bzw. nahe stehenden Person abzuwenden.⁸⁷⁶

Der übergesetzliche entschuldigende Notstand wurde von der Lehre zur Aufarbeitung der Euthanasie-Fälle, die sich während des Dritten Reiches zugetragen haben, entwickelt.⁸⁷⁷ Die Voraussetzungen des

⁸⁷⁵ Vgl. hierzu *Bielefeldt*, Policy Paper, No. 4, S. 8; *Follmar/Heinz/Schulz*, Policy Paper, No. 1, S. 9.

⁸⁷⁶ *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, vor § 32, Rn. 115. Wie zuvor gezeigt, greift in den Folterfällen der rechtfertigende Notstand gar nicht, der entschuldigende Notstand nur dann ein, wenn es um die Rettung des eigenen Lebens oder nahe stehender Personen geht.

⁸⁷⁷ Die während der Nachkriegszeit angeklagten Ärzte hatten sich nämlich in der schwierigen Situation befunden, entweder in begrenztem Umfang der von Hitler angeordneten Tötung Geisteskranker nachzukommen oder ihre Mitwirkung ganz zu versagen und dadurch das Tor für diejenigen skrupellosen Ärzte zu öffnen, die die Tötung Geisteskranker in vollem Umfang betrieben hätten. Vor Gericht schien es unbillig, den Ärzten ihr Verhalten vorzuwerfen, weil nur durch die Bereitschaft zur Tötung einiger Menschen, die im Übrigen auch durch andere Hand gestorben wären, weitere Menschen vor dem Tod bewahrt werden konnten.

übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes sind im Einzelnen umstritten, weil es hier um die rechtliche Würdigung *singulärer Einzelfälle* geht, die aufgrund ihrer Einzigartigkeit rechtlich nicht erfasst wurden.⁸⁷⁸ Einigkeit besteht insoweit, als er jedenfalls dann eingreifen kann, wenn eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für das Leben Dritter besteht.⁸⁷⁹ Uneinheitlich wird beurteilt, ob das zu schützende Rechtsgut das verletzte überwiegen oder sogar *wesentlich* überwiegen muss oder ob eine Gleichwertigkeit ausreicht.

Für die Fälle der Gefahrenabwehrfolter ergibt sich damit folgendes Bild: Steht die Würde des Täters gegen die Würde der Opfer, so liegt jene Situation vor, in der sich die Güter weder qualitativ noch quantitativ gegeneinander abwägen lassen. Für den Fall, dass „nur“ das Leben der Opfer auf dem Spiel steht, läge streng genommen keine Gleichwertigkeit der widerstreitenden Güter „Leben der Opfer“ und „Menschenwürde des Täters“ vor. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes wären damit nicht erfüllt. Dennoch bleibt ein gewisses Unbehagen, wenn man sich den fiktiven Extremfall vor Augen hält, in dem ein Terrorist eine ganze Stadt mit einer chemischen Bombe oder sogar Atombombe bedroht und somit das Leben unzähliger Menschen auf dem Spiel steht. Einem Polizeibeamten das Foltern im Sinne eines Schuldvorwurfes persönlich anzulasten, erscheint angesichts des Ausmaßes der zu erwartenden Katastrophe unangemessen. Diejenigen Gründe, die klassisch für das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes sprechen, liegen auch hier vor:⁸⁸⁰ Die Polizeibeamten, die dem Terroristen gegenüberstehen, befinden sich in einer „seelischen Zwangslage“, weil sie entweder entgegen der Gesetzeslage foltern müssen oder eine ganze Stadt dem Verderben preisgeben. Auch handeln die Polizisten gewissenhaft, weil sie hoffen, eine unsagbare Katastrophe zu verhindern. Sie foltern mithin nicht aus „Rechtlosigkeit“, sondern entsprechend dem objektiv nachvollziehbaren Appell ihres Gewissens, das sie dazu anhält, lieber einen Menschen,

⁸⁷⁸ Vgl. *Roxin*, FS Eser, S. 461 (469).

⁸⁷⁹ Nach *Hirsch*, in: LK, StGB, vor § 32, Rn. 215, reicht neben einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben Dritter auch eine Gefahr für den Leib oder die Freiheit Dritter aus. *Kühl*, Strafrecht AT, § 12, Rn. 99.

⁸⁸⁰ Vgl. hierzu *Kühl*, Strafrecht AT, § 12, Rn. 98. Vgl. ferner *Henkel*, in: FS Mezger, S. 249 (300); dass bezüglich der Folterproblematik der übergesetzliche entschuldigende Notstand eingreifen kann, wird angedeutet bei *Wittreck*, DÖV 2003, S. 873 (876); gegen das Vorliegen eines übergesetzlichen Notstandes argumentiert *Jeßberger*, Jura 2003, S. 711 (715).

der – entgegen seiner Pflicht – sein Wissen nicht freiwillig preisgibt, zu quälen, als viele Unschuldige zu opfern. Problematisch ist hier allerdings, wo die maßgebliche Grenze zu ziehen ist. Ist die Annahme eines Entschuldigungsgrundes im gerade geschilderten Beispiel noch sehr nahe liegend, so muss an dieser Stelle offen bleiben, welcher Grad des drohenden Unheils vorliegen muss, um den Folterer zu entschuldigen. Es muss dies der Entscheidung im Einzelfall überlassen bleiben.⁸⁸¹ Eine solche Rechtsunsicherheit kann an dieser Stelle hingenommen werden. Es geht schließlich nicht darum, ob in einer solchen Situation das Foltern „objektiv“ erlaubt ist oder nicht, sondern darum, ob es dem Täter „subjektiv“ vorgeworfen werden kann. Diese persönliche Vorwerfbarkeit der Tat muss sich notwendigerweise ganz besonders mit der konkreten Situation des einzelnen Falles auseinander setzen. Bei einer Nachsicht gegenüber dem Folterer, die auf der Schuldebene angesiedelt ist, handelt der Amtsträger nicht, weil dieser meint, sich damit *im Einklang mit der Rechtsordnung* zu befinden, sondern weil von seinem Gewissen ein stärkerer Appell als von den gesetzlichen Vorschriften ausgeht.⁸⁸²

⁸⁸¹ Für den Frankfurter Fall ist dem LG Frankfurt, NJW 2005, S. 692 (695), zuzustimmen, das eine Berufung auf einen übergesetzlichen entschuldigenden Notstand verneint hat. Im Ergebnis so auch Kretschmer, Recht und Politik 2003, S. 102 (113), der allerdings in der Begründung nicht überzeugend ist, da die Notstandsfestigkeit des Folterverbotes nicht bedeutet, dass jemand nicht doch angesichts besonderer Umstände in einen für ihn „unlösaren Gewissenskonflikt“ geraten kann.

⁸⁸² Neuhaus, GA 2004, S. 521 (536 f.), lehnt die Annahme eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes für Folterfälle aufgrund eines systematischen und eines materiellen Argumentes ab. Scheitert die Nothilfe nur an den sozialetischen Einschränkungen, so regelt § 33 StGB abschließend, unter welchen Voraussetzungen ein Täter entschuldigt sein könne. Dieses rein formale Argument vermag nicht zu überzeugen, weil der übergesetzliche entschuldigende Notstand gerade jene Fälle betrifft, die wegen ihrer Singularität von der Systematik des Gesetzes weder erfasst werden, noch erfasst werden können. Das weitere – materielle – Argument von Neuhaus, nämlich dass einem Repräsentanten des Staates eine Menschenwürdeverletzung immer untersagt sei und er daher auch keine Billigung durch die Hintertüre eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes erfahren dürfe, übersieht, dass es an dieser Stelle nur noch um die Schuldfrage, d. h. die persönliche Vorwerfbarkeit, geht. Freilich hat ein Amtsträger besondere Pflichten zu tragen, jedoch bedeutete es eine Überspannung jener Amtspflichten, wenn sich der Amtsträger in einer Zwangslage befindet, in der er sich als Schlüsselfigur für Wohl oder Wehe einer ganzen Stadt sieht. Die Tat bleibt rechtswidrig, aber persönlich entschuldbar.

Wichtig ist an dieser Stelle, hervorzuheben, dass die Entscheidung über die Schuld des Täters immer eine solche des Einzelfalles bleiben muss. Sie darf nicht fallgruppenartig vorweg definiert werden, da gerade die drohende Strafe ein Mechanismus ist, das Folterverbot durchzusetzen.⁸⁸³

(3) Entschuldigung aus Gewissensnot (Art. 4 GG)

Zu erwägen ist, ob sich jemand, der Folter zur Gefahrenabwehr einsetzt, auf seine Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG (sowie auch nach Art. 9 Abs. 1 EMRK) berufen kann und dadurch Straffreiheit erlangt. Dies setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem Einsatz der Folter zur Rettung von Menschenleben überhaupt um eine von Art. 4 Abs. 1 GG geschützte *Gewissensentscheidung* handelt. Eine Gewissensentscheidung liegt nach dem BVerfG vor, wenn es um eine „ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung“ geht, „die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.⁸⁸⁴ Auch das BVerwG sieht als Kernelemente einer Gewissensentscheidung eine innere Überzeugung von *Recht und Unrecht* an, der sich der Mensch *verpflichtet* fühlt und von der für die Person ein Handlungsbefehl ausgeht.⁸⁸⁵ Auf die Folterproblematik bezogen folgt hieraus, dass durchaus Situationen vorstellbar sind, in denen sich der für die Rettung eines Entführungsopfers bzw. allgemein von Menschenleben Verantwortliche in eine Lage versetzt sieht, in der von seinem Gewissen der Appell ausgeht, den Straftäter als für die Situation Verantwortlichen foltern zu müssen, um den oder die Unschuldigen zu retten. Das Wissen um das

⁸⁸³ Vgl. hierzu *Bielefeldt*, Policy Paper No. 4, S. 8 f.: „Es darf nicht dazu kommen, dass durch einen voreiligen Strafverzicht der Eindruck erweckt wird, der Staat würde den Einsatz von Folter stillschweigend doch billigen oder gar ermutigen ... Nur ein öffentlicher Strafprozeß kann die Frage klären, ob tatsächlich eine tragische Dilemma-Situation vorgelegen hat, in der die Anwendung von Folter zwar *nicht gerechtfertigt* wäre (dies ist prinzipiell unmöglich), vielleicht aber im konkreten Fall *straffrei* bleiben kann.“; *Follmar/Heinz/Schulz*, Policy Paper, No. 1, S. 9.

⁸⁸⁴ BVerfGE 12, 45 (55); siehe auch 48, 127 (173). Diese Definition ist in der Literatur zustimmend aufgenommen worden (siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig, Art. 4, Rn. 22; *Roxin*, in: FS Maihofer, S. 389 (391); *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, S. 16; *Kühl*, Strafrecht AT, § 12, Rn. 117).

⁸⁸⁵ BVerwGE 7, 242 (246).

rechtliche Verbotensein der Tat steht dem nicht entgegen, weil sich eine Gewissensentscheidung nach den Kategorien von „gut“ und „böse“ und nicht von „gesetzlich“ und „ungesetzlich“ bemisst. Es liegt freilich dann keine Gewissensentscheidung vor, wenn die Rettung des Lebens auch durch eine andere – straflose – Handlung als die Gefahrenabwehr-folter hätte erreicht werden können.⁸⁸⁶

Eine solche Gewissensentscheidung steht aber nur dann im Einklang mit Art. 4 Abs. 1 GG, wenn sie nicht gegen die ihr gesetzten verfassungs-immanenten Schranken verstößt.⁸⁸⁷ Bezogen auf das Strafrecht bedeutet dies, dass die strafrechtliche Sanktionierung der Folterhandlung so lange mit der in Art. 4 Abs. 1 GG verbürgten Gewissensfreiheit in Einklang steht, wie die Strafgesetze Ausdruck dieser verfassungs-immanenten Schranke sind. Das Gut von Verfassungsrang, an dem sich die Gewissensfreiheit hier messen lassen muss, ist neben der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und dem Misshandlungs-verbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG vor allem die durch Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Menschenwürde. Diese wird, wie bereits gezeigt, durch die Folter verletzt. Der schonende Ausgleich, der grundsätzlich zwischen den einzelnen, von der Verfassung geschützten Gütern stattfindet, hat hier der Besonderheit der Unverletzlichkeit der Menschenwürde Rechnung zu tragen. Dies heißt konkret, dass eine Güterabwägung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht möglich ist, sondern der Menschenwürde automatisch der unbedingte Vorrang einzuräumen ist. Daraus folgt, dass eine Folteranwendung keinen Schutz nach Art. 4 Abs. 1 GG genießt.⁸⁸⁸ Die in der Strafrechtsdogmatik umstrittene Frage, ob eine *rechtmäßige* Gewissensentscheidung einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund bildet, bedarf hier somit keiner näheren Erörterung.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, § 12, Rn. 119; *Mager*, in: v. Münch/Kunig, Art. 4, Rn. 25.

⁸⁸⁷ *Mager*, ebd., Rn. 49; *Roxin*, in: FS Maihofer, S. 389 (396) *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, S. 16.

⁸⁸⁸ Im Ergebnis bezogen auf die Folterproblematik so auch *Neuhaus*, GA 2004, S. 521 (537).

⁸⁸⁹ Zum Streitstand siehe *Roxin*, in: FS Maihofer, S. 389 (404 ff.); *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, S. 10 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT, § 12, Rn. 113 ff.

(4) Verbotsirrtum

In Betracht kommt ferner, dass sich der zur Abwehr einer Gefahr folternde Amtsträger auf einen Verbotsirrtum berufen kann. Hier wäre besonders an den *Erlaubnisirrtum* zu denken, bei dem sich der Täter über die rechtlichen Grenzen eines sonst anerkannten Rechtfertigungsgrundes im Irrtum befindet.⁸⁹⁰ Es herrscht bei Vertretern der unterschiedlichen Theorien (eingeschränkte und strenge Schuldtheorie sowie modifizierte Vorsatztheorie) Übereinstimmung darin, dass ein solcher Irrtum nach § 17 StGB zu behandeln ist.⁸⁹¹ Nach § 17 StGB handelt derjenige ohne Schuld, der aufgrund eines unvermeidbaren Irrtums nicht die Einsicht hatte, Unrecht zu tun. Somit wäre der Amtsträger nur dann von seiner Schuld freizusprechen, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte. An den Täter werden bezüglich der Vermeidbarkeit hohe Anforderungen gestellt. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit des eigenen Handelns ist der Täter gegebenenfalls verpflichtet, Rechtsrat einzuholen.⁸⁹² Dies muss umso mehr gelten, wenn es sich um einen Amtsträger handelt.⁸⁹³ Auch wenn an dieser Stelle eine Einzelfallprüfung erforderlich ist, sind kaum Fälle vorstellbar, in denen sich ein Amtsträger darauf berufen könnte, dass er nicht gewusst habe, dass Folter in Vernehmungen unter keinen Umständen zulässig ist. Amtsträger werden gerade im Hinblick auf Vernehmungssituationen darin geschult, was rechtlich (un-)zulässig ist, weil die potentielle Eskalationsgefahr von Vernehmungssituationen bekannt ist.⁸⁹⁴ Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass in der durch den Frankfurter Entführungsfall angefachten Debatte zunehmend auch in juristischen Kreisen die Ansicht vertreten wird, Misshandlungen seien unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Folter war jedenfalls bis zum Frankfurter Entführungsfall ein absolutes *Tabu*. Für die Zukunft hat der Vorfall ohne Zweifel dazu geführt, dass dieses Thema noch sensibler und umfassender in der Aus-

⁸⁹⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 458.

⁸⁹¹ Neuhaus, GA 2004, S. 521 (537) m. w. N. für die Theorien; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 483.

⁸⁹² BGHSt 2, 194, 201; Kühl, Strafrecht AT, § 13, Rn. 61 m. w. N.

⁸⁹³ Wittreck, DÖV 2003, S. 873 (876).

⁸⁹⁴ Vgl. speziell zur Ausbildung Daschners: Weihmann, Kriminalistik 2005, S. 342 (342).

und Fortbildung entsprechender Amtsträger aufgegriffen und gelehrt werden wird.⁸⁹⁵

ff) Strafvorbehalt nach § 59 StGB

Das Landgericht Frankfurt a. M. hat in seinem Urteil im Fall *Daschner* trotz der Annahme einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat von der Verhängung einer Strafe abgesehen und nach § 59 StGB lediglich eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen. Die Lösung der Gefahrenabwehrfolter auf diese letzte Ebene zu verlagern, erscheint sehr fragwürdig. Diese Vorschrift wurde für Delikte entwickelt, die als weniger strafwürdig gelten („unterer Kriminalitätsbereich“).⁸⁹⁶ Durch die Anwendung des § 59 StGB wird die Gefahrenabwehrfolter also bagatelisiert. Überdies ist die Vorschrift nicht dazu geschaffen, der speziellen Konfliktlage, in der sich der Täter einer Gefahrenabwehrfolter befindet, Rechnung zu tragen. Die besondere Motivation kann vielmehr sachgerechter bei der Frage nach der „Schuld“ Berücksichtigung finden.⁸⁹⁷ Hinzu kommt, dass der Strafvorbehalt nach § 59 StGB keine grundsätzliche Lösung für die Folterproblematik darstellt, da die Anwendung dieser Norm jedenfalls auf die bloße Folterandrohung (wie im Fall *Daschner*) beschränkt sein müsste. In Fällen tatsächlicher Folteranwendungen würde es bereits nicht nur um eine Geldstrafe (vgl. § 59 Abs. 1 Satz 1, 1. Hs. StGB) gehen. Sofern aufgrund der Zufügung von Folterqualen ein rechtswidriges und schuldhaft begangenes Delikt angenommen wurde, wäre überdies – aufgrund der Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG – die Verurteilung zu einer Strafe zum Zwecke der Verteidigung der Rechtsordnung geboten (vgl. § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB).

⁸⁹⁵ Vgl. zur Frage der Vermeidbarkeit im Falle *Daschner* *Ziegler*, KritV 2004, S. 50 (64); *Neuhaus*, GA 2004, S. 521 (537 f.). *Neuhaus* behandelt darüber hinaus das Problem des sog. Doppelirrtums (Irrtum hinsichtlich der Voraussetzungen und hinsichtlich der Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes).

⁸⁹⁶ *Stree*, in: *Schönke-Schröder*, § 59, Rn. 2.

⁸⁹⁷ Bemerkenswert sind hier die Ausführungen des Landgerichts Frankfurt a. M., NJW 2005, S. 692 (696), nach denen die Anwendung des § 59 unter anderem damit begründet wird, dass „aus subjektiver Sicht“ der Angeklagten „eine gewisse Nähe zu Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen“ bestand.

gg) Zwischenergebnis

Folter ist, auch wenn sie der Gefahrenabwehr dient, unter keinen Umständen zu rechtfertigen. Es kommt allenfalls eine Entschuldigung in Betracht, wenn eine Situation vorliegt, in der die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 StGB oder übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes erfüllt sind.

3. Folterverbot im Strafprozessrecht

Im Strafprozessrecht findet sich ein Verbot der Folter in der Regelung des § 136 a StPO. Diese Vorschrift ist anwendbar bei jeder richterlichen, staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen.⁸⁹⁸ Da die Gefahr der Anwendung von Folter vor allem in Vernehmungssituationen präsent ist, kann die Bedeutung des § 136 a StPO, der bestimmte Vernehmungsmethoden verbietet, nicht hoch genug eingeschätzt werden.⁸⁹⁹ Nach § 136 a StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung nicht durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung und Hypnose beeinträchtigt werden. Ebenso werden Drohungen mit gesetzlich unzulässigen Maßnahmen und das Versprechen von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen verboten. Verboten wird sowohl die Zufügung körperlicher Schmerzen (durch die Umschreibungen „Misshandlung“, „körperlicher Eingriff“, „Quälerei“) als auch seelischer Schmerzen („Quälerei“).⁹⁰⁰ Hierzu ist anzumerken, dass § 136 a Abs. 1 Satz 2 StPO („Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt“) nicht dahin missverstanden werden darf, als werde hier die Möglichkeit eröffnet, Zwang gegen den Beschuldigten anzuwenden. Der Beschuldigte genießt nämlich gerade volle Aussagefreiheit und es gibt keine ge-

⁸⁹⁸ Zum Begriff der Vernehmung siehe BGHSt 42, 139, 145; *Richterliche* Vernehmungen: § 136 a (Beschuldigte), § 136 a i.V.m. § 69 Abs. 3 (Zeugen), § 136 a i.V.m. § 69 Abs. 3 i.V.m. § 72 (Sachverständige); *Polizeiliche* Vernehmungen: § 136 a Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 136 a (Beschuldigte), § 136 a Abs. 5 i.V.m. § 136 a (Zeugen und Sachverständige); *Staatsanwaltschaftliche* Vernehmungen: § 163 a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 136 a (Beschuldigte), § 163 a Abs. 5 i.V.m. § 136 a (Zeugen, Sachverständige).

⁸⁹⁹ Zur Anwendbarkeit von § 136a StPO im Schnittbereich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, siehe *Saliger*, ZStW 116 (2004), S. 35 (40 ff.).

⁹⁰⁰ Zur „Quälerei“: *Rogall*, in: SK stpp, § 136 a, Rn. 41.

setzlichen Vorschriften, nach denen der Beschuldigte zu einer Aussage gezwungen werden könnte.⁹⁰¹ § 136 a StPO reicht in seinem Schutzbereich noch über das Folterverbot hinaus, indem er auch Vernehmungsmethoden für unzulässig erklärt, die keine Folter darstellen.⁹⁰²

Prozessrechtlich wird das hier normierte Folterverbot dadurch besonders gestärkt, dass hinsichtlich der Aussagen, die unter Verletzung dieser Vorschrift abgegeben wurden, gemäß § 136 a Abs. 3 Satz 2 StPO ein absolutes Verwertungsverbot gilt.

4. Exkurs: Feindstrafrecht

Zur Lösung des Dilemmas der Unzulässigkeit der Gefahrenabwehrfolter nach geltendem deutschen Recht auf der einen Seite und der Notwendigkeit, lebensrettende Informationen in Erfahrung zu bringen, auf der anderen Seite, könnte die Zulässigkeit der Folter im sog. „Feindstrafrecht“ erwogen werden. In Deutschland wurde die Idee, ein Sonderrecht für die „Feinde“ des Staates neben dem „Bürgerstrafrecht“ zu etablieren, von *Jakobs* vorgebracht.⁹⁰³ Das Feindstrafrecht findet außerhalb Deutschlands in *Guantánamo Bay* gegen sog. *Unlawful Enemy Combatants* Anwendung. Der Zweck des Feindstrafrechts liegt darin, die Sicherheit für die Bürger der Gesellschaft aufrechtzuerhalten. Um dieses Ziel zu erreichen, sollen die Feinde auch mit nicht rechtsstaatlichen Mitteln bekämpft werden können.⁹⁰⁴ Als Kennzeichen des Feindstrafrechts macht *Jakobs* vier Elemente aus:

„(1) weite Vorverlagerung der Strafbarkeit, also Wendung des Blicks von der geschehenen auf eine kommende Tat ... (2) keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe ... (3) Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung, wobei etwa Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, organisierte Kriminalität

⁹⁰¹ *Rogall*, ebd., Rn. 70.

⁹⁰² Vgl. das Verbot der Täuschung, worunter z. B. auch die Hör- und Stimmenfalle zählen (hierzu: *Beulke*, Strafprozessrecht, § 8, Rn. 138) oder auch das Verbot des Versprechens von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen. Vgl. auch *Welsch*, BayVBl 2003, S. 481 (486).

⁹⁰³ *Jakobs*, ZStW 97 (1985) S. 751 (783 f.); *ders.*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, S. 47 (51 ff.); *ders.*, in: HRRS 2004, S. 88 ff.

⁹⁰⁴ Vgl. *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, S. 47 (53).

... sowie – alles überwölbend – überhaupt das Verbrechen bekämpft werden sollen; (4) Abbau prozessualer Garantien ... “.⁹⁰⁵

Als “ Feind“ definiert er denjenigen, der sich „vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert“.⁹⁰⁶

Jakobs erwähnt zwar nicht explizit, dass gegenüber den Feinden auch die Folter zulässig sein soll. Allerdings ist der Sprung von den im Feindstrafrecht zulässigen Methoden zur Folter verhältnismäßig klein. Für *Jakobs* sind nämlich Feinde „Unpersonen“.⁹⁰⁷ Diese Begrifflichkeit ist schon nahe daran, solche Menschen als „Unmenschen“ zu bezeichnen, und es wäre nicht verwunderlich, wenn diesen Menschen in einer Weiterentwicklung des Feindstrafrechts auch die Menschenwürde aberkannt würde. Die Einführung eines Feindstrafrechts ist daher in höchstem Maße gefährlich, weil sie dazu führen kann, mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Sicherheit, den gesamten Rechtsstaat zu untergraben und die Unantastbarkeit der Menschenwürde nur noch den „guten Bürgern“ zuzugestehen.⁹⁰⁸

III. Ebene der Moral

Bisher wurde gezeigt, dass die Folter in Deutschland verboten ist, selbst wenn sie dazu eingesetzt werden soll, eine erhebliche Gefahr abzuwenden. Von dieser rein rechtlichen Ebene ist die moralische Ebene zu unterscheiden, die in der gegenwärtigen Diskussion immer wieder bemüht wird, um von dorthier gleichsam letzte Rechtfertigung zu beziehen. So argumentierte schon *Albrecht*, dass es unter engen Voraussetzungen

⁹⁰⁵ *Jakobs*, ebd., S. 47 (51 f.).

⁹⁰⁶ *Jakobs*, ebd., S. 47 (52).

⁹⁰⁷ *Jakobs*, ebd., S. 47 (53).

⁹⁰⁸ Ebenso kritisch: *Bielefeldt*, APuZ 36/2006, S. 3 (5 f.); *Düx*, ZRP 2003, S. 189 (194 f.); *Eser*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, S. 437 (444 f.); *Jareborg*, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, S. 411 (414); *Schulz*, ZStW 112 (2000), S. 653 (659 ff.; 662 ff.); *Schünemann*, GA 2001, S. 205 (210 ff.); *ders.*, GA 2003, S. 299 (313); BT-Drucksache 15/4396 vom 01.12.2004 (Antrag der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), S. 2 f.

sittlich geboten sein könne, Folter zum Zwecke der Gefahrenabwehr einzusetzen.⁹⁰⁹

1. Grundsätzliche Trennung von Moral und Recht

Recht und Moral⁹¹⁰ sind keine deckungsgleichen Begriffe. „Es gehört zu den Grundaxiomen moderner Verfassungsstaatlichkeit, daß Recht und Ethik nicht unvermittelt gleichgeschaltet werden dürfen.“⁹¹¹ Diese Unterscheidung findet sich bereits bei *Thomas von Aquin* und *Christian Thomasius*⁹¹² und wurde schließlich auch von *Immanuel Kant* näher ausgeführt.⁹¹³ Im anglosächsischen Raum werden vor allem die Namen von *Jeremy Bentham* (1748-1832) und *John Austin* (1790-1859) mit der Trennung von *law as it „is“* und *as it „ought“ to be* verbunden.

Trotz dieser grundsätzlichen Trennung von Recht und Moral im modernen Verfassungsstaat sind beide Kategorien miteinander verflochten. Gesetze sind vielfach Ausdruck eines bestimmten moralischen Grundkonsenses. „Jede Rechtsordnung beruht auf einer moralischen Wertordnung“⁹¹⁴ und bezweckt, wenigstens eine minimale Werteübereinstimmung aufrechtzuerhalten bzw. durchzusetzen.⁹¹⁵ Wo genau die Tren-

⁹⁰⁹ *Albrecht*, Der Staat – Idee und Wirklichkeit, S. 174.

⁹¹⁰ Zur Begrifflichkeit: Zwischen *Moral* (lat. *mores* die Sitten) und *Ethik* (griech. *ἠθός* die Sitte) wird hier nicht differenziert (siehe zu diesem Begriffspaar auch *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 402). Zum Begriff der Moral siehe *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 270, der auf die doppelte Bedeutung der Moral „als faktisch gelebte Sozialmoral oder Sitte“ und Moral „im Sinne von Sittlichkeit“ hinweist. An dieser Stelle der Arbeit geht es um die Beziehung zwischen Moral im Sinne von Sittlichkeit und Recht.

⁹¹¹ *Nettesheim*, AöR 130 (2005), S. 71 (83). Diese Trennung übersieht *Brugger*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?, S. 107 (117), wenn er schreibt: „Entweder gilt das Folterverbot absolut, weil es so angeordnet und auch gerecht ist: Dann bleibt kein Raum für moralisches Verständnis und Hoffen auf Rechtsbruch mit anschließender milder Rechtssanktion. Oder es ist in der genannten Situation evident ungerecht und die Relativierung ist bei näherem Hinsehen schon im geltenden Recht angelegt.“

⁹¹² Überblick bei *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 267.

⁹¹³ Vgl. zu *Kant* nur die Darstellung bei *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III, S. 21 ff.

⁹¹⁴ *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 405.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu *Rüthers*, ebd., Rn. 407.

nung zwischen Moral und Recht verläuft, ist schwer zu bestimmen und gelingt vermutlich erst einem außerhalb des eigenen Systems stehenden Betrachter. Grundsätzlich aber kann festgehalten werden, dass totalitäre Staaten ihre Moralvorstellungen in der Regel umfassend im Recht widergespiegelt wissen wollen, während freiheitlich-demokratische Rechtsordnungen eine Vielfalt von unterschiedlichen Moralvorstellungen akzeptieren.⁹¹⁶

Moralisches Handeln geht mithin weit über die bloße Befolgung von Gesetzen hinaus bzw. kann u. U. gerade darin liegen, ein Gesetz *nicht* zu befolgen. In Moralvorstellungen bzw. der Ethik drückt sich die subjektive Überzeugung aus, dass sich ein bestimmtes Verhalten „zient“, dass es gut und richtig ist, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. Aus *moralischer* Sicht kann man im *Bruggerschen Bombenfall* nicht nur das *absolute* Folterverbot vertreten, sondern auch die Position einnehmen, dass hier eine Folterung des Erpressers nicht verurteilt werden darf.⁹¹⁷

Eine moralische Rechtfertigung, die für den Einzelnen sogar eine *moralische Pflicht* darstellen kann, zieht jedoch nicht automatisch eine Rechtfertigung auf rechtlicher Ebene und prinzipiell nie eine sonst nicht normierte *Rechtspflicht* nach sich. Dies gilt auch für die Problematik der Gefahrenabwehrfolter.⁹¹⁸ Eine solche Gleichschaltung würde nämlich dem Grundsatz der Trennung von Recht und Moral widersprechen. Während sich also eine *Rechtspflicht* grundsätzlich nicht aus einer nur moralischen Pflicht ergeben kann,⁹¹⁹ ist es schwieriger zu beurteilen, inwieweit jemand ein *Recht* darauf hat, einer moralisch gebotenen Handlung nachzukommen. Diese Problematik wurde vom Strafrecht erkannt, das ja mitunter auch als „geronnene Rechtsphilosophie“ bezeichnet wird.⁹²⁰ Es geht dabei um die Frage, inwieweit eine Person, die einer moralischen Pflicht nachkommt, tatbestandsmäßig handelt bzw. gerechtfertigt sein kann. Das deutsche Strafrecht hält dabei eine differenzierte und annehmbare Lösung bereit: Eine *moralische* Rechtfertigung oder *moralische* Pflicht ändert nichts daran, dass ein Verhalten

⁹¹⁶ Rüthers, ebd., Rn. 406.

⁹¹⁷ Zur Beurteilung der Gefahrenabwehrfolter aus Sicht der Moraltheorien siehe Moore, Is.L.Rev. 23 (1989), S. 280 ff.

⁹¹⁸ Vgl. Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104, Rn. 34.

⁹¹⁹ Ausnahmen nur dort, wo das Recht selbst ein Einbruchstor für Moralvorstellungen offen lässt, z. B. durch Generalklauseln wie „gute Sitten“ etc.

⁹²⁰ Fabl, JR 2004, S. 182 (185).

gleichwohl *strafbares Unrecht* darstellen kann (soweit es eine diesbezügliche Strafnorm gibt). Das Unrecht kann dabei – jedenfalls im Falle der hier gegenständlichen Folter – auch nicht gerechtfertigt werden. Jedoch kommt eine Berücksichtigung auf der Schulebene in Betracht, wobei an dieser Stelle auf das bereits oben Gesagte verwiesen werden kann.⁹²¹

2. Das „Tabu“ im Recht

Im Rahmen der Diskussion um die mögliche Zulassung von Folter in Grenzsituationen wird immer wieder von „Tabu“ gesprochen.⁹²² Gemeint ist, dass das Folterverbot – ebenso wie die Unantastbarkeit der Menschenwürde – lange Zeit als unberührbares *Tabu* galten, das „man“ nicht in Frage stellt. Die Befürwortung von Grenzen für das Folterverbot, ja teils bereits die Diskussion um die Zulässigkeit der Folter, wird als *Tabubruch* empfunden.⁹²³

Tabu und Recht sind zwei Begriffe, die sich zunächst unversöhnlich gegenüberstehen. Der Begriff „Tabu“ entstammt dem polynesischen Tonga und bezeichnet etwas *Außerordentliches, Geheiligt, Unantastbares*.⁹²⁴ Bei „Gesetzen“ hingegen handelt es sich um ein von Menschen geschaffenes, dem stetigen Wandel unterliegendes Gebilde, das zunächst mit metaphysischer Heiligkeit und Unantastbarkeit wenig gemein hat. Anders formuliert: „... das Tabu steht für archaische Denkstrukturen, irrationale und tribale Verhaltensweisen, Recht hingegen für rationale Gestaltung der Welt aus dem Geiste aufgeklärter Vernunft.“⁹²⁵ Obwohl

⁹²¹ Siehe oben 2. Teil B II 2 b). A. A. *Welding*, *Recht und Politik* 2003, S. 222 (226). Nach ihm darf *moralisch gerechtfertigte* Folter angewandt werden, auch wenn sie rechtlich nicht erlaubt ist: „Liegt also für eine Normenkollision keine rechtliche Regelung zu deren Auflösung vor, dann ist es in extremen Notfällen für Juristen unumgänglich, sich nicht in politischer Abstinenz der Lösung dieser Normenkollision zu widersetzen; es wird gerade auch von ihnen moralisch zu fordern sein, eine Abwägung zwischen verschiedenen Handlungskonsequenzen sind lege in Betracht zu ziehen.“

⁹²² Das Tabu ist Ausdruck von Moral, allerdings nicht im Sinne von „Sittlichkeit“, sondern im Sinne von „Sozialmoral“.

⁹²³ *Hecker*, KJ 2003, S. 210 (211); *Jerouschek/Kölbel*, JZ 2003, S. 613 (620); *Poscher*, JZ 2004, S. 756 (758 ff.).

⁹²⁴ *Poscher*, ebd., S. 756 (758 f.).

⁹²⁵ *Depenheuer*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Tabu*, S. 7.

die Gegensätze größer kaum sein könnten, gibt es Verbindungspunkte zwischen beiden Systemen. *Isensee* hat sich mit dem Zusammenhang zwischen ihnen befasst und unter dem Titel „Tabu im freiheitlichen Staat“ die These entwickelt, dass auch in der deutschen Gesellschaft verschiedenartige Tabus existieren, die in gesetzliche Normen hineingelesen werden. Er beschäftigt sich dabei unter anderem mit dem Folterverbot und führt aus, dass dieses mit einem gesellschaftlichen Tabu behaftet sei, welches nicht aus dem Recht komme, sondern in das Recht hineingetragen werde. „Löst man jedoch die verfassungsrechtliche Position von dem gesellschaftlichen Tabu ab, das sie trägt, so bleibt nur eine apodiktische Behauptung, die ihrerseits den heute anerkannten Regeln der Grundrechtsauslegung nicht Rechnung trägt.“⁹²⁶ Nach *Isensee* folgt aus Art. 1 Abs. 1 GG kein absolutes Verbot der Folter, weil dies gegen die Schutzpflicht aus dieser Vorschrift zugunsten des Opfers sprechen würde. Dass möglicherweise *rechtspolitische* Erwägungen für die Aufrechterhaltung eines *absoluten* Folterverbotes sprechen könnten, will er zwar nicht ausschließen. „Immerhin könnte das bisherige irrationale Tabu rational rekonstruiert werden: daß die Gefahr der Ohnmacht des Staates in Grenzsituationen in Kauf genommen werde, weil die Gefahren des Mißbrauchs, die allgemeine Furcht vor Mißbrauch und die Störung des rechtsstaatlichen Grundvertrauens schwerer wögen.“⁹²⁷ Im Ergebnis spricht er sich jedoch gegen ein absolutes Folterverbot aus. „... der Preis, wenn er fällig würde, wäre fürchterlich. Des Rechtsstaats unwürdig wäre es, die rettende Tat zwar als moralisch legitim gutzuheißen und zugleich als verfassungsrechtlich unzulässig zu verwerfen, sich das gute Gewissen des absoluten Folterverbotes zu erhalten in der Erwartung, daß sich im Ernstfall schon jemand finden werde, der es unterlaufe. Befürworter einer solchen Nicht-Lösung attestieren dem illegalen Retter Tragik.“⁹²⁸ Eine entgegen gesetzte These vertritt *Poscher*,

⁹²⁶ *Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, S. 58 f.

⁹²⁷ *Isensee*, ebd., S. 61.

⁹²⁸ *Isensee*, ebd., S. 61. Ebenso *Brugger*, Das andere Auge, FAZ Nr. 58 vom 10.3.2003: „Die Entscheidung zugunsten des Einsatzes von Gewalt sollte nicht dem moralischen Empfinden der Polizisten überlassen werden. Wer darauf setzt, dass pro forma die Absolutheit des Folterverbots aufrechterhalten wird, den Polizisten aber moralisch zugemutet werden soll, das Richtige zu tun, nämlich doch Zwang anzuwenden, und das in der Erwartung, diese würden später milde bestraft oder bald begnadigt, der verkennet den Ernst der Lage.“ (siehe auch *ders.*, in: Nitschke (Hrsg.), Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? S. 107 (117).

wenn er ausführt: „Erst aus dem Zusammenspiel von rechtlicher Tabuisierung und individuell ethisch verantwortetem Tabubruch ergibt sich ein den Erfahrungen mit der gesellschaftszersetzenden Wirkung von Menschenwürdeverletzungen angemessener Umgang mit den ‚tragic choices‘, vor die die Gesellschaft eher theoretisch als praktisch gestellt wird.“⁹²⁹ Poscher verlangt also gerade das von dem Amtsträger, was ihm *Isensee* ersparen will, nämlich die *bewusste Handlung gegen das Tabu* als individuell ethische Entscheidung. Was *Isensee* als „Nicht-Lösung“ verwirft, scheint doch die einzig mögliche Lösung zu sein. Es ist dem Rechtsstaat nicht „unwürdig“, sondern Schutzmechanismus zugunsten des Rechtsstaats und zugunsten der Menschen, wenn das Folterverbot, das Folge der Unantastbarkeit der Menschenwürde ist, nicht gesetzlich aufgeweicht wird.

Es mag dahingestellt bleiben, ob das Wort „Tabu“ angemessen ist, um die Unantastbarkeit der Menschenwürde und damit des Folterverbotes zu beschreiben. Dieses Wort impliziert ein Verbot der Annäherung überhaupt, nicht nur durch Taten, sondern auch durch Worte.⁹³⁰ Das Nachdenken über die Richtigkeit einer Sache sollte jedoch nicht verboten sein. Soweit das Wort „Tabu“ aber inhaltlich zum Ausdruck bringen soll, dass nicht alles relativ und abwägbare ist, sondern dass es „unverzichtbare Normen“ gibt, mag es seiner Idee nach Raum auch in der Rechtsordnung eines modernen Verfassungsstaates haben.⁹³¹

IV. Bindung durch Völkerrecht

Die deutsche Staatsgewalt ist neben dem nationalen Recht auch durch das Völkerrecht an das Folterverbot gebunden.

⁹²⁹ Poscher, JZ 2004, S. 756 (761).

⁹³⁰ Vgl. Poscher, ebd., S. 756 (759): „Handlungstabus ... werden häufig mit Thematisierungstabus verbunden. Schon die Thematisierung der tabuisierten Handlung gilt als Bruch des Tabus.“

⁹³¹ Ähnlich auch Bielefeldt, APuZ 36/2006, S. 3 (7): „Die Menschenwürde aber ist das Fundament aller moralischen und rechtlichen Verbindlichkeiten. Ohne Achtung der Würde ... können normative Verbindlichkeiten zwischen Menschen weder entstehen noch aufrechterhalten werden.“

1. Völkervertragsrecht

Die Bundesrepublik Deutschland hat sich durch den Beitritt zu den einschlägigen völkerrechtlicher Verträgen (IPBPR; FoK, IStGH-Statut, EMRK, Europ. Antifolterkonvention sowie III. und IV. Genfer Abkommen) dazu verpflichtet, das Folterverbot zu achten.⁹³² Dem zur präventiven Verhinderung von Folter ins Leben gerufenen Zusatzprotokoll zur FoK,⁹³³ das Ende 2002 von der VN-Generalversammlung verabschiedet wurde, war Deutschland zunächst nicht beigetreten.⁹³⁴ Am 20. September 2006 hat nun auch die Bundesrepublik das Zusatzprotokoll unterzeichnet.

Völkerrechtliche Verträge werden durch das Zustimmungsgesetz des Parlaments gemäß Art. 59 Abs. 2 GG in innerstaatliches Recht, und zwar im Rang eines Bundesgesetzes,⁹³⁵ transformiert.⁹³⁶ Um einen Kon-

⁹³² Zustimmungsgesetze: für den IPBPR: BGBl. 1973 II, S. 1534; Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 23. März 1976, siehe BGBl. 1976 II, S. 1068; für die FoK: BGBl. 1990 II, S. 246; Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 31. Oktober 1990, siehe BGBl. II 1993, S. 715; für das IStGH-Statut: BGBl. II 2000, S. 1393 ff., Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 1. Juli 2002, siehe BGBl. 2003 II, S. 293; für die EMRK: BGBl. 1952 II, S. 685, 953, Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 3. September 1953, siehe BGBl. 1954 II, S. 14; für die Europ. Antifolterkonvention: BGBl. 1989 II, S. 946, Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 1. Juni 1990, siehe BGBl. 1990 II, S. 491; für das III. Genfer Abkommen: BGBl. 1954 II, S. 838, Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 3. März 1955, siehe BGBl. 1954 II, S. 1133; für das IV. Genfer Abkommen: BGBl. 1954 II, S. 917, berichtet 1956 II, S. 1586, Inkrafttreten für die Bundesrepublik am 3. März 1955, siehe BGBl. 1954 II, S. 1133)

⁹³³ Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman oder Degrading Treatment or Punishment (Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe) v. 18. Dezember 2002, A/RES/57/199 A.

⁹³⁴ Siehe hierzu auch den Antrag der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucksache 15/4396; sowie den Antrag verschiedener Abgeordneter, BT-Drucksache 16/455.

⁹³⁵ Für die grundsätzliche Geltung im Rang eines Bundesgesetzes siehe nur *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 176 und den Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (318 f.). Teilweise wird vertreten, dass hiervon dann eine Ausnahme gemacht wird, wenn Verträge bereits bestehendes Völkergewohnheitsrecht kodifizieren; in diesem Falle wird vorgeschlagen, diesen Verträgen den höheren Rang des Art. 25 GG zuzuschreiben, siehe *Bleckmann*, Völkerrecht, Rn. 422.

flikt mit dem Völkerrecht zu vermeiden, gilt der Grundsatz, dass deutsche Gesetze nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit den Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen auszulegen sind.⁹³⁷ Lässt sich ein Widerspruch auf diese Weise nicht ausräumen, ist das deutsche Gesetz zwar völkerrechtswidrig, hat aber gleichwohl verfassungsrechtlich Bestand.⁹³⁸ Jedoch wird dem transformierenden Gesetz ein Anwendungsvorrang vor anderen einfachen Gesetzen eingeräumt,⁹³⁹ indem es als *lex specialis*, das das allgemeinere Recht verdrängt, angesehen werden kann.⁹⁴⁰ In Bezug auf eine Kollision von Bestimmungen eines internationalen Vertrages mit dem GG, stellte das BVerfG klar, dass dem GG der Vorrang zu geben sei, da die völkerrechtlichen Verträge in ihrer Form als Ratifikationsgesetze unterhalb der Ebene der Verfassung Anwendung fänden und der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung dort ende, wo dies dem „*demokratischen und rechtsstaatlichen System des Grundgesetzes*“ entgegenstehe.⁹⁴¹ Auf dieser Grundlage wird teils im Schrifttum argumentiert, dass das Folterverbot trotz seiner Festschreibung in internationalen Verträgen nur insoweit gelte, als es nicht gegen die Menschenwürde des Opfers, hinsichtlich derer den Staat eine Schutzpflicht treffe, verstoße.⁹⁴² Nach der hier vertretenen Auffassung bedeutet die Achtung eines absoluten Folterverbotes jedoch gerade keine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips. Ganz im Gegenteil würde die Zulässigkeit einer Gefahrenabwehrfolter nicht mit rechtsstaatlichen Grundsätzen zu vereinbaren sein.

⁹³⁶ Es besteht ein Meinungsstreit darüber, wie Art. 59 Abs. 2 GG den völkerrechtlichen Verträgen innerstaatliche Anwendung verschafft. Die hier aus Gründen der Rechtssicherheit befürwortete „Transformationstheorie“ geht davon aus, dass der völkerrechtliche Vertrag in ein Bundesgesetz „transformiert“ wird. Die „Vollzugstheorie“ begnügt sich dagegen mit einem Anwendungsbeehl, der vom Vertragsgesetz ausgeht, ohne dass der Vertrag in ein Bundesgesetz transformiert wird. (Vgl. hierzu Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 171 ff.; Kunig, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Abschnitt, Rn. 110 ff.).

⁹³⁷ BVerfGE 74, 358 (370).

⁹³⁸ Kunig, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Abschnitt, Rn. 172.

⁹³⁹ Kunig, ebd., Rn. 172.

⁹⁴⁰ Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 177.

⁹⁴¹ Beschluss des BVerfG v. 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (318), NJW 2004, S. 3407 (3408).

⁹⁴² Götz, NJW 2005, S. 953 (956 f.).

Es besteht im Ergebnis keine Kollision des deutschen Rechts⁹⁴³ mit den einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen, die ein absolutes Folterverbot normieren. Vielmehr fordert Art. 1 Abs. 1 GG, dass das Folterverbot absolut zu achten ist. Das einfache Recht ist ggf. im Lichte dieses obersten Verfassungswertes auszulegen.

2. Völkergewohnheitsrecht

Das völkergewohnheitsrechtliche Folterverbot ist nach Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts. Es steht im Rang über den einfachen Bundesgesetzen und dem gesamten Landesrecht.⁹⁴⁴ Jedes Gesetz, das gegen das völkergewohnheitsrechtliche Folterverbot verstößt, ist damit aufgrund der Verletzung des Art. 25 GG verfassungswidrig.⁹⁴⁵ Ob das Völkergewohnheitsrecht auch über dem Verfassungsrecht angesiedelt ist oder sich zumindest auf derselben Stufe wie das Verfassungsrecht befindet, wird unterschiedlich beurteilt.⁹⁴⁶ Hier tritt die Besonderheit hinzu, dass es sich beim Folterverbot um *zwingendes* Völkergewohnheitsrecht handelt.⁹⁴⁷ Dies könnte insbesondere dafür sprechen, das gewohnheitsrechtliche Folterverbot oberhalb der Verfassung zu verorten.⁹⁴⁸ Andererseits sind nur die in Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Rechte der Disposition des Verfassungsgesetzgebers entzogen, also nicht alle „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ nach Art. 25 Satz 1 GG.⁹⁴⁹ Im Falle des Folterverbotes, das über Art. 1 Abs. 1 GG nach hier vertretener Auffassung absolut verbürgt ist und somit nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht geschmälert werden kann, ist die Klärung dieser allgemeinen Streitfrage des Verhältnisses von deutschem Verfassungsrecht zum (zwingenden) Völkergewohnheitsrecht jedoch entbehrlich.

⁹⁴³ Siehe oben 2. Teil B I u. II.

⁹⁴⁴ Risse, in: Seifert/Hömig, Art. 25, Rn. 3.

⁹⁴⁵ Vgl. Kunig, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Abschnitt, Rn. 172.

⁹⁴⁶ Nachweise zu den unterschiedlichen Positionen finden sich in ausführlicher Form bei Rojahn, in: v. Münch/Kunig, Art. 25, Rn. 37.

⁹⁴⁷ Siehe oben 1. Teil B II.

⁹⁴⁸ Vgl. Hobe/Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, S. 230.

⁹⁴⁹ Vgl. Herdegen, Völkerrecht, § 22, Rn. 13. Zu beachten ist: Auch wenn sich der deutsche Verfassungsgesetzgeber formal über das zwingende Völkerrecht hinwegsetzen könnte, entfielen damit nicht die Verpflichtungen der Bundesrepublik auf der Ebene des Völkerrechts.

V. Charta der Grundrechte der EU

Die im Jahr 2000 in Nizza verabschiedete und seit 2004 in den Verfassungsvertrag (VVE) inkorporierte EU-Grundrechtecharta (GRCh)⁹⁵⁰ umfasst in Art. 4 (entspricht Art. II-64 VVE) ein Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung.⁹⁵¹ Der Wortlaut ist identisch mit dem Folterverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Verfassungsvertrag, der ursprünglich frühestens am 1. November 2006 in Kraft treten sollte,⁹⁵² wurde allerdings durch die ablehnenden Volksabstimmungen in Frankreich im Mai 2005 sowie in den Niederlanden im Juni 2005 so nachdrücklich in Frage gestellt, dass eine Reflexionsphase anberaumt werden musste. Diese mündete in den Beschluss des Europäischen Rats vom 21./22. Juni 2007, nach dem die Inhalte des Verfassungsvertrages durch Änderung des EG- und EU-Vertrags (Reformvertrag) weitgehend inkorporiert werden sollen. Der Reformvertrag (Vertrag von Lissabon) sieht vor, der Grundrechtecharta durch einen Verweis Rechtsverbindlichkeit zu verschaffen. Indirekte Bindung entfaltet die EU-Grundrechtecharta jedoch schon gegenwärtig.⁹⁵³

Fraglich ist, in welchem Umfang das Folterverbot nach der Grundrechtecharta gelten soll, insbesondere, ob auch ein absolutes Verbot der Gefahrenabwehrfolter besteht. Art. 52 Abs. 3 GRCh (Art. II 112 Abs. 3 VVE) bestimmt, dass diejenigen Rechte der Charta, die Bestimmungen aus der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben sollen, die ihnen nach der EMRK zukommt. Das Folterverbot gilt somit ohne jede Einschränkung, auch im Falle eines etwaigen Notstandes oder terroristischer Bedrohung.⁹⁵⁴

⁹⁵⁰ Abl. EG Reihe C, Nr. 364 v. 18.12.2000, S. 1 (= EuGRZ 2000, S. 554 ff.).

⁹⁵¹ Die GRCh wird erst mit Inkrafttreten des VVE rechtliche Wirksamkeit erlangen, siehe *Gundel*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rn. 4, S. 504. Zur GRCh als Rechtserkenntnisquelle siehe *Esser*, in: Gehl (Hrsg.), Folter – Zulässiges Instrument im Strafrecht?, S. 143 (145); *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, S. 511.

⁹⁵² Art. IV 447 II (BT-Drucksache 15/4900).

⁹⁵³ Während das EuG bereits direkt Bezug auf die Grundrechtecharta nimmt, ist der EuGH hier vorsichtiger, siehe *Rau/Schorkopf*, NJW 2002, S. 2448 (2449); vgl. auch *Alber/Widmaier*, EuGRZ 2006, S. 113 sowie *Jahn*, KritV 2004, S. 24 (32).

⁹⁵⁴ *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der EU, Art. 4, Rn. 21 f.

Die praktische Bedeutung des Folterverbotes ist aufgrund der gegenwärtigen Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten eher gering. Das Folterverbot wurde vor allem wegen seiner „Signal- und Außenwirkung“ in den Grundrechtekatalog mit aufgenommen.⁹⁵⁵ Möglicherweise könnte die Vorschrift bei Einsätzen von „europäischen Eingreiftruppen“ oder auch im Rahmen von Europol Bedeutsamkeit erlangen.⁹⁵⁶

VI. Zwischenergebnis

Im deutschen Recht gilt das Folterverbot absolut. Auf Verfassungsebene ist es durch die Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG und insbesondere Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgt. Das Folterverbot gilt verfassungsrechtlich ausnahmslos, d. h. auch für Fälle der Gefahrenabwehr. Insbesondere steht dem nicht die Schutzpflicht des Staates aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG entgegen, da diese ihre Grenze in der Untantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG findet. Entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Rechtslage gibt es keine – der Regelung des Todesschusses vergleichbare – einfachgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von Folter zur Rettung von Menschenleben. Vielmehr wird das Verbot der Folter durch § 136 a StPO für die richterliche, polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungspraxis auf der einfachgesetzlichen Ebene bestätigt. Eine Absicherung des Folterverbotes findet sich zudem in den einschlägigen Vorschriften des StGB, deren Verletzung auch im Falle der Rettung von Menschenleben nicht zu rechtfertigen ist. Eine Entschuldigung der Foltertat ist jedoch im Rahmen eines Strafprozesses in absoluten Ausnahmefällen denkbar.

Das nationale Folterverbot wird durch das Völkerrecht bestärkt. Deutschland hat sich in allen einschlägigen Menschenrechtsverträgen dazu verpflichtet, das Folterverbot zu wahren. Das Folterverbot ist auch in Art. 4 der Grundrechtecharta von Nizza aufgenommen worden.

Das Unbehagen, was aus der Absolutheit des Folterverbotes für Situationen extremer Bedrohung zurückbleibt, ist Folge der grundsätzlichen Trennung von Recht und Moral. Aus der moralischen Rechtfertigung

⁹⁵⁵ *Borowsky*, ebd., Rn. 23.

⁹⁵⁶ *Borowsky*, ebd., Rn. 23.

der Folter in einer besonderen Gefährdungslage folgt nämlich keine rechtliche Legitimierung oder sogar Rechtspflicht. Eine Rückkopplung des Rechts an das moralische Empfinden im Hinblick auf den Einsatz von Gefahrenabwehrfolter kann allenfalls im Rahmen des fehlenden Schuldvorwurfs Beachtung finden, nicht aber die Tat rechtfertigen und vor allem nicht als Ermächtigungsgrundlage für Folter dienen.

Die Absolutheit des Folterverbotes lässt sich aus rechtssoziologischer Sicht auf die Tabuisierung des für unsere Gesellschaft so wichtigen Wertes der Menschenwürde zurückführen. Eine Antastung dieses Tabus bedeutet immer auch einen „Dammbruch“ des Systems des Folterverbotes, dessen Folgen unabschätzbar sind.

Die aus der Absolutheit des Folterverbotes folgenden Konsequenzen sind in der Praxis tragbar. Ein Amtsträger wird sich – wenn er mit Bedrohungen apokalyptischen Ausmaßes konfrontiert wird – aller Wahrscheinlichkeit nach über gesetzliche Verbote hinwegsetzen, auch auf die Gefahr hin, dass er selbst dafür zur Verantwortung gezogen wird. Er wird dabei jedenfalls dann keinen unerträglichen Gewissenskonflikt durchleiden, wenn die bevorstehende Gefahr so immens ist, dass die ihm drohende Strafe verglichen mit der durch den Terroristen ausgehenden Gefahr nicht ins Gewicht fällt. Der eine Katastrophe abwendende Amtsträger kann sich vor Gericht in absoluten Ausnahmefällen auf den entschuldigenden Notstand (§ 35 Abs. 1 StGB) sowie den übergesetzlichen Notstand berufen und wird somit für seine ungesetzliche und zugleich rettende Tat nicht bestraft.

Würde man dagegen Folter im Hinblick auf Extremsituationen von vornherein legitimieren, ist die Gefahr der Aushöhlung des Folterverbotes unabwendbar. Im Übrigen wird es für den Amtsträger auch dann nicht einfacher, eine Entscheidung zu treffen, weil die Subsumtion eines Sachverhaltes unter Normen gleichermaßen schwierig und mit Unsicherheiten behaftet sein kann.

In Situationen wie im Frankfurter Entführungsfall darf Folter nicht zulässig werden. Das zeigt dieser konkrete Fall exemplarisch, da die Folteranwendung aufgrund des bereits eingetretenen Todes des Jungen keinerlei Nutzen mit sich gebracht hätte. Einzig eine Beschädigung des Rechtsstaates wäre zurückgeblieben. Das hiermit verbundene unbefriedigende Gefühl, möglicherweise selbst Kinder um den Preis des Rechtsstaates zu opfern, ist nicht singulär, es existiert vielmehr überall dort,

wo Gefahren nicht ausgeräumt werden können, weil eine Abwägung mit anderen Gütern die Hinnahme jener erfordert.⁹⁵⁷

Letztlich ist es nicht die Frage, ob man den „bösen Täter“ auf Kosten der Bevölkerung schonen sollte (wer wollte das schon?), sondern ob man den Rechtsstaat antasten darf, um Gefahren abzuwenden. Alles andere ist eine verkürzte Sichtweise. Opfert man den Rechtsstaat, schadet dies der Bevölkerung aufs Ganze gesehen mehr als die Hinnahme der freiwilligen Handlungsbeschränkung des Staates angesichts von Gefahren.⁹⁵⁸

⁹⁵⁷ Beispiel hierfür ist die grundsätzliche Freilassung von Mördern, Sexualstraftätern etc. nach verbüßter Strafe (sofern nicht die Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung vorliegen) und die hiermit verbundene Gefahr der erneuten Tatbegehung.

⁹⁵⁸ Vgl. hier auch *Roxin*, in: FS Eser, S. 461 (466 f.): „Wenn man nur den individuellen Fall – das unschuldige Opfer und seinen Mörder – in den Blick nimmt, wird das Rechtsgefühl schwankend, wie ich gerne einräume. Aber man muss die Folgen für die gesamte Rechtsordnung in seine Überlegungen einbeziehen.“

Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in
verschiedenen Rechtskreisen

Eine Analyse anhand der deutschen, israelischen und
pakistanischen Rechtsvorschriften vor dem Hintergrund
des jeweiligen historisch-kulturell bedingten
Verständnisses der Menschenwürde

Weilert, A.K.

2009, XXX, 476 S., Hardcover

ISBN: 978-3-540-87747-9