

MATHIAS HONG

# Todesstrafenverbot und Folterverbot

*Jus Publicum*

278

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 278





Mathias Hong

# Todesstrafenverbot und Folterverbot

Grundrechtliche Menschenwürdegehalte  
unter dem Grundgesetz

Mohr Siebeck

*Mathias Hong*, Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen; 1997 Erste juristische Staatsprüfung; Referendariat in Berlin; 1999 Zweite juristische Staatsprüfung; Promotionsstipendium des Evangelischen Studienwerks Villigst; 2006 Promotion (Bremen); 2005–2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; 2016 Habilitation (Freiburg i.Br.).

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-156928-9 / eISBN 978-3-16-156929-6  
DOI 10.1628/978-3-16-156929-6

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt und von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Für Leonie*



## Vorwort

Diese Untersuchung ist die überarbeitete Fassung eines Teils meiner Habilitationsschrift, die der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im Wintersemester 2015/2016 vorgelegen hat. Weitere Teile dieser Habilitationsschrift werden unter den Titeln „Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung“ und „Abwägungsfeste Rechte – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen“ veröffentlicht.

Karlsruhe, im Mai 2019

Mathias Hong



# Inhaltsübersicht

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

## 1. Kapitel

### Todesstrafenverbot

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

## 2. Kapitel

### Folterverbot

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

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

# Inhaltsverzeichnis

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

## 1. Kapitel

### Todesstrafenverbot

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

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

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

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

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

## 2. Kapitel

### Folterverbot

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

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

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

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

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



## Einleitung

Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte besteht aus denjenigen Rechten und sonstigen grundrechtlichen Positionen,<sup>1</sup> die zu beschränken oder aufzuheben zugleich die Menschenwürde verletzen würde. Das Grundgesetz entzieht ihn sogar der Verfassungsänderung (Art. 79 Abs. 3 GG i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG). Das Konzept solcher grundrechtlichen Menschenwürdegehalte ist weithin anerkannt, sieht sich aber auch wachsender Skepsis und tiefgreifenden Zweifeln ausgesetzt. Es lässt sich jedoch, wie an anderer Stelle näher gezeigt,<sup>2</sup> als zukunftsfähig verteidigen.

Die verfassungsgebende Gewalt wollte, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ergibt, aus der Menschenwürde konkrete rechtliche Folgerungen ziehen und einen Menschenwürdekern aller Grundrechte als abwägungsfest, aber zugleich entwicklungsfähig der Verfassungsänderung entziehen. Die Menschenwürdegarantie als Verfassungsnorm ernst nehmen heißt deshalb, ihren Sinn gleichsam induktiv, von den nachfolgenden Grundrechten her, zu erschließen.<sup>3</sup> Die vorliegende Schrift legt deshalb Einzeluntersuchungen zu zwei konkreten grundrechtlichen Menschenwürdegehalten vor – dem Todesstrafenverbot und dem Folterverbot.

### I. Todesstrafenverbot

Das erste Kapitel untersucht, ob die Todesstrafe durch Verfassungsänderung wiedereingeführt werden dürfte. Auch wenn eine solche Wiedereinführung in Deutschland rechtspolitisch zur Zeit nicht ernsthaft zur Debatte steht, ist die verfassungsrechtliche Frage, ob sie möglich wäre, durchaus umstritten. Für

---

<sup>1</sup> Zum Begriff der grundrechtlichen Position vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 163 ff., 171 ff.

<sup>2</sup> *Matthias Hong*, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Grundfragen, Entstehung und Rechtsprechung*, 2019; *ders.*, *Abwägungsfeste Rechte – Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen*, 2019.

<sup>3</sup> Vgl. bereits *Günter Dürig*, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in: *AöR* 81 (1956), S. 117 (133): „Bei konsequenter Fortführung dieser induktiven Methode erhält auch die bisher konturloseste Norm des Grundgesetzes klarere und objektiv feststellbare Umrisse“.

die Zwecke dieser Arbeit ist ihre Untersuchung aus zwei Gründen besonders reizvoll.

An der Todesstrafenfrage lässt sich zum einen die These einer entstehungsgeschichtlich gewollten Dynamik der Menschenwürdegehalte<sup>4</sup> überprüfen: Im Parlamentarischen Rat wurde über die Todesstrafe äußerst kontrovers diskutiert. Kann es gleichwohl als Wille der verfassungsgebenden Gewalt angesehen werden, das Todesstrafenverbot als Menschenwürdegehalt des Lebensgrundrechts jeder Verfassungsänderung zu entziehen? Kann die völkerrechtliche und internationale Entwicklung seit Erlass des Grundgesetzes, die von einer Dynamik hin zur Abschaffung der Todesstrafe gekennzeichnet ist, berücksichtigt werden, ohne dass damit das subjektiv-historische Auslegungsziel letztlich aufgegeben wird, den im Wortlaut zum Ausdruck gekommenen Willen des Verfassungsgebers zu ermitteln?

Die historische und rechtsvergleichende Entwicklung der Todesstrafendebatte ist, zum anderen, auch besonders aufschlussreich für die Frage, wie sich in einer Abwägung von Gründen nach dem Modell der Grundsatznormen abwägungsfeste Rechte begründen lassen.<sup>5</sup> In der Todesstrafendebatte geht es schon seit langem nicht mehr um das „Ob“ abwägungsfester grundrechtlicher Schranken des Strafens mit dem Tode, sondern eher um das „Wie“: Man ist sich einig, dass das Recht auf Freiheit von unmenschlicher Bestrafung und das Recht auf Leben jedenfalls bestimmte Arten der Todesstrafe kategorisch verbieten. Jedenfalls unter dem Grundgesetz kann die Frage daher nur noch lauten, wo die abwägungsfesten Grenzen, die der Todesstrafe gesetzt sind, genauer verlaufen. Verhandelt wird also lediglich noch darüber, *wie weit genau* das Todesstrafenverbot sich in der Abwägung der Gründe zu einem abwägungsfest geltenden Verbot aushärtet.

Rechtsvergleichend lässt sich an der Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika zur Todesstrafe zudem besonders gut beobachten, dass und wie die Abwägungsfestigkeit grundrechtlicher Verbote zum eigenständigen Begründungsgegenstand werden und absolut geschützte Rechte sich auch dynamisch weiterentwickeln können. Der Supreme Court stellt zwar bislang mehrheitlich die Todesstrafe als solche nicht in Frage. Jedoch versteht er (jedenfalls bislang) in ständiger Rechtsprechung das Verbot grausamer und unüblicher Strafen („cruel and unusual punishments“) aus dem achten Zusatz zur Verfassung der Vereinigten Staaten als einen dynamischen Grundsatz, der von „evolving standards of decency“ geprägt ist.

---

<sup>4</sup> Vgl. zur These eines „Living Originalism“ (Balkin) unter dem Grundgesetz: *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 1. Kap., IV., sowie (den entstehungsgeschichtlichen Befund zusammenfassend) 2. Kap., XIV.7., mit den dortigen weiteren Verweisen.

<sup>5</sup> Zur gebotenen Weiterentwicklung der Prinzipientheorie Alexys zu einem Modell der Grundsatznormen, das auch eine Begründung abwägungsfester Rechte in der Abwägung der Gründe kennt, vgl. *ders.*, Abwägungsfeste Rechte, bes. 6. und 7. Kap.; sowie die Untersuchungen zu Einzelfragen in *ders.*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte.

In den letzten Jahren hat der Supreme Court daraus partielle Todesstrafenverbote abgeleitet, die die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Strafe Schritt für Schritt immer weiter eingeengt haben. So dürfen etwa Minderjährige und geistig behinderte Menschen danach nicht mehr mit dem Tod bestraft werden. Diese Rechte, unter bestimmten Voraussetzungen nicht der Todesstrafe unterworfen zu werden, sind keinem Abwägungsvorbehalt unterworfen, sondern beanspruchen, jeweils für ihren Bereich, kategorische Geltung. Die Entscheidungen, in denen sie aus der Verfassung abgeleitet wurden, ergingen jedoch häufig mit knappen Mehrheiten von fünf zu vier Stimmen und gegen Sondervoten. Wie sich das Ausscheiden von Justice Anthony Kennedy, der diese Mehrheiten bislang maßgeblich getragen hat, auswirken wird, bleibt abzuwarten. Gerade die bislang geführten gerichtlichen Debatten zeigen jedoch besonders anschaulich, dass und wie in der Abwägung der Gründe gerade auch über die Abwägungsfestigkeit von Rechten und ihre genaue Reichweite eigenständig gestritten werden kann.

## II. Folterverbot

Darf der Staat unter dem Grundgesetz in Extremfällen foltern, etwa um die unschuldigen Opfer eines Kindesentführers oder eines Terroristen, der eine tickende Zeitbombe gelegt hat, zu retten?<sup>6</sup> Für die Diskussion um abwägungs-

---

<sup>6</sup> Dies unter Verweis auf eine Kollision von Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde unter bestimmten Voraussetzungen bejahend insbesondere *Winfried Brugger*, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, in: *Der Staat* 35 (1996), S. 67 ff.; *Fabian Wittreck*, Menschenwürde und Folterverbot – Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG, in: *DÖV* 2003, S. 873 (879 f.).

Offenlassend: *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2014, Art. 1 Abs. 1 Rn. 133 f. (der von einer „dilemmatischen Struktur“ der Kollision ausgeht, bei der das Recht „an seine Grenzen“ stoße, allerdings einen Vorrang der Achtungspflicht vor der Schutzpflicht unter Verweis darauf ablehnt, dass es um staatliches Handeln gehe und der Staat der Neuzeit sich „gerade durch die Gewährleistung der Sicherheit seiner Bürger“ legitimiere, sowie ausführt, dass „[v]on daher [...] die umgekehrte Argumentation, ein Vorrang der Schutzpflicht, sogar naheliegender“ sein würde; Hervorh. weggelassen); *Dietrich Murswiek/Stephan Rixen*, in: Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 182b (offenlassend für Art. 1 Abs. 1 GG, aber: Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG).

Eine dilemmatische Struktur konzedierend, aber davon ausgehend, dass „sich letztlich der abwehrrechtliche Achtungsanspruch gegen eine etwaige staatliche Schutzpflicht“ durchsetzen „dürfte“: *Wolfram Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl., Art. 1 Rn. 12; deutlicher ablehnend *ibid.*, Rn. 20 (es stehe „[a]ußer Zweifel“, dass „Folterungen“ Verstöße gegen die Menschenwürde darstellen; daran sei „gegenüber neueren Relativierungsversuchen [...] nachdrücklich festzuhalten“).

Noch spricht sich die deutlich überwiegende Auffassung im Schrifttum dagegen weiterhin dafür aus, dass staatliche Folter stets die Menschenwürdegarantie verletze. Siehe dazu

festen Rechte nimmt diese Frage eine Schlüsselstellung ein. Wenn selbst das Folterverbot Ausnahmen zum Schutz kollidierender Rechtsgüter kennt – wie sollen sich dann noch absolut geschützte Rechte begründen lassen, die sich gegen weniger intensive Grundrechtseingriffe richten?

zunächst die umfassenden Nachweise zum Streitstand (für beide Auffassungen) bei *Manfred Baldus*, Kämpfe um die Menschenwürde – Die Debatten seit 1949, 2016, S. 381–384 (einerseits) und S. 385 f. (andererseits).

Zur frühen Debatte s. bereits die Positionen einerseits Josef Wintrichs, der jede Rechtfertigung von Aussageerzwingungen durch die Schutzpflicht für die Menschenwürde klar ablehnte, und andererseits Günter Dürigs, der eine solche Rechtfertigung für möglich hielt: *Josef M. Wintrich*, Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts, in: BayVBl. 1957, S. 137 (139) („Es kann nicht anerkannt werden, daß aus der Schutzpflicht des Staates zur Wahrung der Menschenwürde des Verletzten eine Methode der Wahrheitserforschung gerechtfertigt werden könnte, die die Menschenwürde des Täters verletzt. Ist Menschenwürde unantastbar, kann sie auch nicht um der Menschenwürde eines anderen willen angetastet werden. Der Zweck, die Menschenwürde des Verletzten zu schützen, kann nicht das Mittel der Verletzung der Menschenwürde des Täters rechtfertigen.“), und *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR 81 (1956), S. 117 (128 mit Fn. 22): Aufgrund der von ihm angenommenen Güter- und Pflichtenkollision zwischen Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde würde Art. 1 Abs. 1 GG, so Dürig, „jedenfalls nicht entgegenstehen, wenn de lege ferenda bei aussichtslosen normalen Wahrheitsermittlungen (etwa bei Gewohnheitsverbrechern, bei wegen Meineides Vorbestraften) *weitergehende Methoden der Wahrheitserforschung* zugunsten des schuldlosen Opfers ausgeschöpft werden“ (Hervorh. im Original).

Aus den Reihen der ehemaligen und amtierenden Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts für einen aus der Menschenwürde folgenden absoluten Schutz des Folterverbots eintretend etwa: *Hans-Jürgen Papier*, Rechtsstaat im Risiko, in: DVBl. 2010, S. 801 (804); *Udo Di Fabio*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar. Loseblatt, Stand April 2018 (83. Erg.-Lieferung), Art. 2 Abs. 2 S. 1 (Bearb. Februar 2004), Rn. 80; ders., Sicherheit in Freiheit, in: NJW 2008, S. 421 (424); *Dieter Grimm*, Die Würde des Menschen ist unantastbar, 2010, S. 15–20; Rn. 80; *Susanne Baer*, Hemmung durch Verhältnismäßigkeit, in: Peter F. Bultmann/Klaus J. Grigoleit/Christoph Gusy/Jens Kersten/Christian-W. Otto/Christina Preschel (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht: Institute, Kontexte, System – Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 117 (119 f.); *Johannes Masing*, Die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit, in: JZ 2011, S. 753 (755 f.); s. auch Dieter Hömig, Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 2007, S. 633 (633, 641) (die gebotene Sorgfalt und Zurückhaltung beim Umgang mit der Menschenwürdegarantie schließe nicht aus, dass sie „dort in Position gebracht werden muss, wo nicht ‚kleine Münze‘, sondern zentral der Schutz dessen in Rede steht, was den Menschen und seine Würde ausmacht“; im Fall der Folterandrohung des Frankfurter Vizepräsidenten sei „das der Fall“ gewesen); sowie bereits *Winfried Hassemer*, Unverfügbares im Strafprozeß, in: Arthur Kaufmann/Ernst J. Mestmäcker/Hans F. Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde – Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 183 (202 f.).

Vgl. ferner nur *Christoph Möllers*, Democracy and Human Dignity – Limits of a Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law, in: Israel L. Rev. 42 (2009), S. 416 (434, 438); *Ute Sacksofsky*, Der Schutz der Würde des Menschen – ein absolutes Versprechen in Zeiten relativer Gewissheiten, in: Johannes Masing/Joachim Wieland (Hrsg.), Menschenwürde – Demokratie – Christliche Gerechtigkeit – Tagungsband zum Festlichen Kolloquium

Auch die Debatte um Ausnahmen vom Folterverbot reicht historisch weit zurück. Sie ist so alt wie dieses menschenrechtliche Verbot selbst – und auch unter dem Grundgesetz von Anfang an geführt worden. Nach wie vor befürworten gewichtige Stimmen im Schrifttum solche Ausnahmen, vor allem seit den Terroranschlägen vom 11. September 2001. In Deutschland kam noch der Frankfurter Fall der Entführung und Ermordung eines Kindes von 2002 hinzu, in dem der Frankfurter Polizeivizepräsident dem Entführer Magnus Gäfgen Folter androhen ließ, als dieser sich weigerte, den Aufenthaltsort des Kindes zu verraten. Die Zulässigkeit der Folter in solchen Fällen wird auch in absehbarer Zukunft umstritten bleiben – auch wenn sich die Diskussion in Deutschland wieder etwas beruhigt hat, nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinen Gäfgen-Urteilen von 2008 und 2010 die Folterandrohung in diesem Fall für kategorisch unzulässig erklärte und die Absolutheit des Art. 3 EMRK bekräftigte.<sup>7</sup>

Das verfassungsrechtliche Hauptargument der Befürworter von Ausnahmen vom Folterverbot lautet, in den Fällen der „Rettungsfolter“ komme es zu einer Kollision innerhalb der Menschenwürdegarantie selbst, nämlich zwischen der Achtungspflicht für die Menschenwürde des Gefolterten und der Schutzpflicht für die Würde der Menschen, die durch die Folter womöglich gerettet werden könnten. Ist in solchen Fällen nicht eine Kollision von Würde gegen Würde unausweichlich – und muss diese Kollision dann nicht, im Wege der Abwägung, im Zweifel stets zugunsten des unschuldigen Opfers aufgelöst werden?

Das führt auf grundlegende verfassungsdogmatische Fragen, die bei weitem noch nicht befriedigend geklärt sind. Sie bedürfen weiterhin der vertieften rechtswissenschaftlichen Erörterung. Horst Dreier, der darauf in seiner Kommentierung zur Menschenwürdegarantie schon seit längerem hingewiesen hat, hat zutreffend den dilemmatischen Charakter der Situationen betont, um die es geht:

---

aus Anlass des 80. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2011, S. 23 (28–31); *Friedhelm Hufen*, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, in: JuS 2010, S. 1 (10); *Christoph Enders*, Die Würde des Rechtsstaats liegt in der Würde des Menschen – Das absolute Verbot staatlicher Folter, in: Peter Nitschke (Hrsg.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? – Eine Verurteilung*, 2005, S. 133 (141–148); *Ralf Müller-Terpitz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 147 Rn. 69; *Jochen v. Bernstorff*, Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag, in: JZ 2013, S. 905 (915); *Hartmut Rensen*, Der Schutz der Grundrechte in Deutschland nach 9/11, in: Thomas Jäger (Hrsg.), *Die Welt nach 9/11*, 2012, S. 635 (653); *Mathias Hong*, Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – Eine verfassungsjuristische Betrachtung, in: Gerhard Beestermöller/Hauke Brunkhorst (Hrsg.), *Rückkehr der Folter – Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, 2006, S. 24 (30–35).

<sup>7</sup> EGMR (Fünfte Sektion), *Gäfgen v. Germany*, Urt. v. 30. Juni 2008, No. 22978/05, § 69; EGMR (Große Kammer), *Gäfgen v. Germany*, Urt. v. 1. Juni 2010, No. 22978/05, § 87, 107; s. zur stRspr des Gerichtshofs in dieser Frage näher unten S. 211 ff.

„Wie auch immer man sich hier positionieren mag: man sollte auf jeden Fall anerkennen, daß jede ‚Lösung‘ eine unerledigte Restproblematik hinterläßt und dem Beunruhigenden dieser Konstellation nicht mit Scheingewißheiten zu entfliehen suchen.“<sup>8</sup>

Einen Versuch, dem Grundlagencharakter der allgemeineren Fragen nach dem Verhältnis zwischen der Achtungspflicht und der Schutzpflicht des Staates für die Menschenwürde gerecht zu werden, die von der Folterverbotsdebatte aufgeworfen werden, bilden die beiden erwähnten weiteren Schriften zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte und zu einem Modell der Grundsatznormen, das den Normcharakter und die Begründung abwägungsfester Rechte genauer rekonstruieren kann.<sup>9</sup>

Die Antwort, die das zweite Kapitel auf die Frage nach der Absolutheit des Folterverbotes gibt, baut auf den Ergebnissen dieser beiden Untersuchungen auf. In ihnen wird die These vertreten, dass die besseren verfassungsrechtlichen Gründe für eine positivrechtliche Abwägungsfestigkeit der Achtungspflicht für die Menschenwürde sprechen. Weder können diese Gründe irgendeine Art von zwingender Gewissheit beanspruchen, noch befreien sie von dem unausweichlichen *moralischen* Dilemma, in das die diskutierten Fälle führen.

Zum einen beanspruchen sie jedoch zu zeigen, dass die Lösung für dieses Dilemma auch nicht umgekehrt in einer Scheinlogik der Kollisionen und Prinzipien gesucht werden kann. Aus den norm- und begründungstheoretischen Grundlagen der Kollisionsfrage lässt sich keine Zulässigkeit der Folter ableiten: Weder ist eine Kollision zwischen Achtungs- und Schutzpflicht danach unausweichlich, noch muss eine Kollision, sofern man von ihr ausgeht, zu einer Relativierung der Achtungspflicht führen.

Das „Unausweichlichkeitsargument“, das in der Diskussion häufig anzutreffen ist, trägt nicht:<sup>10</sup> Die Schutzpflicht für die Menschenwürde kann (erstens) schon ihrem Gewährleistungsgehalt nach als so begrenzt verstanden werden, dass sie von vornherein keine menschenwürdeverletzenden Mittel und Maßnahmen einschließt. Auch wenn man die Schutzpflicht aber weiter erstreckt, so dass sie prima facie mit der Achtungspflicht kollidieren kann, muss eine solche Kollision (zweitens) weder generell noch im Einzelfall zugunsten der Schutzpflicht aufgelöst werden. Als Kollision von Grundsatznormen kann eine Kollision zwischen Achtungs- und Schutzpflicht für die Menschenwürde vielmehr auch so aufzulösen sein, dass sie in jedem Fall zu einem Vorrang der Achtungspflicht führt.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl., Art. 1 Abs. 1 Rn. 134.

<sup>9</sup> Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte; ders., Abwägungsfeste Rechte.

<sup>10</sup> Dazu ausf. Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 4. Kap., III.1.

<sup>11</sup> Für den Grundgedanken einer Vereinbarkeit eines Vorrangs von Abwehrrecht vor Schutzpflicht trotz Kollision vgl. bereits etwa ders., Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, in: Beestermöller/Brunkhorst (Hrsg.), Rückkehr der Folter, S. 24 (34): „[A]uch wenn man von einer Kollision ausgeht, besagt das noch

Norm- und begründungstheoretisch lässt sich nicht nur eine Relativierung der Achtungspflicht nach dem Vorbild der Prinzipientheorie Alexys konstruieren, sondern auf beiden genannten Wegen – Einengung der Schutzpflicht oder Vorrang der Achtungspflicht in der Kollision – ebenso gut auch die gegenteilige Position, dass „[d]er Zweck, die Menschenwürde [...] zu schützen“, von vornherein „nicht das Mittel der Verletzung der Menschenwürde des Täters rechtfertigen“<sup>12</sup> kann.<sup>13</sup> Keine dieser Positionen kann eine größere Wertneutralität für sich beanspruchen als die andere, jede bleibt auf eine eigenständige inhaltliche Begründung durch juristische Gründe angewiesen.

Der Streit um die Absolutheit des Folterverbots kann deshalb nicht nach Maßgabe einer eigenständigen Logik der Abwägung entschieden werden. Die Abwägung der Gründe hat vielmehr auf die altbewährte Art und Weise zu erfolgen: Wie sonst auch sind schlicht die Gründe auszutauschen, die für oder gegen eine entsprechende Auslegung des Verhältnisses zwischen der Achtungs- und der Schutzpflicht der Menschenwürdegarantie sprechen.

Zum anderen knüpft das zweite Kapitel, was diese Gründe angeht, an die andernorts vorgenommenen Untersuchungen an. Sie zeigen, so die dort näher begründete These, dass Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Systematik und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer Relativierung der Achtungspflicht durch die Schutzpflicht entgegenstehen.<sup>14</sup> In der vorliegenden Schrift bleibt deshalb vor allem noch zu untersuchen, ob sich aus der Auslegung des Misshandlungsverbotes in Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG gegenläufige Anhaltspunkte ergeben – und ob die rechtsphilosophische Diskussion zum Folterverbot dazu nötigt, den positivistischen Ansatz bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung, von dem hier ausgegangen wird,<sup>15</sup> in Frage zu stellen.

---

nichts darüber, wie sie aufzulösen ist.“, mit 166 Fn. 50: „Das verkennt [...], wer normtheoretisch bereits aus der Möglichkeit“, von Kollisionen auszugehen, „folgert, dass eine solche Kollision in der Ebene definitiver Geltung stets nur einzelfallbezogen und vorläufig auflösbar [...] sei“; *ders.*, Grundrechte als Instrumente der Risikoallokation, in: Jörg Scharrer/Marcel Dalibor/Katja Rodi/Katja Fröhlich/Paul Schächterle (Hrsg.), Risiko im Recht – Recht im Risiko – 50. Assistententagung Öffentliches Recht, 2011, S. 111 (127 f.); *Jochen v. Bernstorff*, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie – Zum Vorrang staatlicher Achtungspflichten im Normbereich von Art. 1 GG, in: *Der Staat* 47 (2008), S. 21 (25 f., 28 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. dazu nochmals *Wintrich*, Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts, in: *BayVBl.* 1957, S. 137 (139).

<sup>13</sup> Ausf. zu diesen norm- und begründungstheoretischen Fragen: *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, 6. und 7. Kap.; zusammenfassend *ders.*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 4. Kap., III.1.

<sup>14</sup> Vgl. *ibid.*, insbes. (zusammenfassend) 2. Kap., XIV.2.; 4. Kap., I.3.

<sup>15</sup> Dazu näher *ibid.*, 1. Kap., III., bes. III.9.



# 1. Kapitel

## Todesstrafenverbot

Der Streit um die Todesstrafe gehört zu den ältesten der deutschen Rechtsgeschichte. Richard Evans hat das in seiner Geschichte der Todesstrafe in Deutschland eindrucksvoll nachgezeichnet, einem monumentalen Werk, das den Zeitraum von 1532 bis zur Abschaffung in der DDR im Jahr 1987 behandelt.<sup>1</sup> Die Todesstrafe war Gegenstand großer parlamentarischer Debatten in der Frankfurter Paulskirche und der Preußischen Nationalversammlung (1848) ebenso wie im Norddeutschen Reichstag (1870). Nicht weniger als drei deutsche Juristentage beschäftigten sich damit,<sup>2</sup> desgleichen die Weimarer Strafrechtskommission. Mit einigem Recht konnte deshalb im Parlamentarischen Rat gesagt werden, es gehe um eine Frage, mit der „jede Generation sich einmal auseinandersetzen“ müsse.<sup>3</sup> Selbst nach der Abschaffung durch das Grundgesetz debatierte der Deutsche Bundestag 1950 und 1952 noch zwei mal ausführlich über eine Streichung des Art. 102 GG.<sup>4</sup>

Die traditionsreiche Frage stellt sich allerdings für jede Generation auf neuartige Weise. Das Grundgesetz hat neue Rahmenbedingungen geschaffen. Es bestimmt in Art. 102: „Die Todesstrafe ist abgeschafft“. Die Frage kann also nur noch lauten, ob diese Vorschrift durch Verfassungsänderung geändert und die Todesstrafe wiedereingeführt werden könnte. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum votiert heute zwar eine Mehrheit dagegen und hält die Abschaffungsbestimmung aufgrund der Menschenwürde für änderungsfest.<sup>5</sup> Auf der

---

<sup>1</sup> Richard J. Evans, *Rituale der Vergeltung – Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532–1987*, 2001. Was die parlamentarischen und juristischen Auseinandersetzungen in der Zeit bis kurz nach Erlass des Grundgesetzes betrifft, konnte sich Evans dabei ganz wesentlich auf die gründliche Dissertation Düsings stützen: Bernhard Düsing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung ihres parlamentarischen Zustandekommens*, 1952.

<sup>2</sup> 1863 in Mainz, 1910 in Danzig und 1912 in Wien.

<sup>3</sup> *De Chapeaurouge*, in: Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat – 1948–1949, Akten und Protokolle*, Bd. 9, Plenum, 1996, S. 478.

<sup>4</sup> Dt. Bundestag, *Sten. Berichte*, 1. Wahlperiode, 52. Sitzung vom 27. März 1950, S. 1892 ff., sowie 232. Sitzung vom 2. Oktober 1952, S. 10606 ff.

<sup>5</sup> Vgl. nur Philip Kunig, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Art. 102Rn. 18 („nach heutiger Verfassungsentwicklung“); Adalbert Podlech, in: Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart

anderen Seite treten aber auch weiterhin gewichtige Stimmen für eine Wiedereinführbarkeit der Todesstrafe durch Verfassungsänderung ein.<sup>6</sup>

Im Folgenden werden zunächst die neuen Rahmenbedingungen untersucht, die das Grundgesetz der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Zulässigkeit der Todesstrafe setzt (I.), bevor auf die Frage eingegangen wird, ob diese Strafe sogar schon als solche mit der Menschenwürde unvereinbar ist (II.–VIII.).

---

Stein (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar. Loseblatt, 3. Aufl. 2001, Art. 1 Abs. 1 (Bearb. 2001) Rn. 47 f.; *Jens Kersten*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 102 (Bearb. Dezember 2014) Rn. 21 (eine menschenwürdeverletzende Objektstellung „ist bei jeder Form der Todesstrafe zu bejahen“), 22 (jede Form des Todesurteils „ist [...] grausam, unmenschlich und erniedrigend“), 33 (Aufhebungsfestigkeit des Art. 102 GG); *Müller-Terpitz*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl., § 147 Rn. 63 (das Todesstrafenverbot „dürfte sich zwar nicht als eine unzulässige Instrumentalisierung [...], wohl aber als eine würdewidrige, da inhumane Behandlung erweisen und insofern an der Änderungsresistenz des Art. 79 Abs. 3 GG teilhaben“). Auf fehlende Erforderlichkeit stützen das Urteil der Menschenwürdewidrigkeit: *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck/Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Abs. 1 Rn. 48 („Da die Verhängung der Todesstrafe nicht der Rettung von Menschenleben dienen soll und kann [...]“); *Christoph Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., Art. 102 Rn. 7 (Fn. 53): „einzig denkbare[ ], aber praktisch nicht begründbare[ ] Ausnahme (Schutz gleichrangiger Rechtsgüter *definitiv* bei genauer Prüfung nicht anders zu gewährleisten)“ (Hervorh. im Original).

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 102 Rn. 59–63 (59: außer bei „bestimmten Motive[n] für die Verhängung [...] sowie bestimmte[n] Formen ihrer Vollstreckung“; 61: „annähernd weltweite[r] Konsens der zivilisierten Staatenwelt“ erforderlich; 63: aber „sehr enge[ ] Schranken bei der Wahl der Tatbestände und hohe[ ] Anforderungen an die Vollstreckung und Handhabung“; teilw. Hervorh. weggelassen).

Der Bundesgerichtshof hat ein Wiedereinführungsverbot aus Art. 1 Abs. 1 GG als einen naheliegenden Befund bezeichnet (BGHSt 41, 317 [325]). Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage bislang offengelassen (BVerfGE 94, 115 [138]); aus seinen Ausführungen zum Resozialisierungsgebot bei der lebenslangen Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187 [228 f.]) lässt sich jedoch ein Erst-Recht-Schluss ziehen (str., dazu näher unten S. 92 ff.).

Für Menschenwürdewidrigkeit der Todesstrafe, aber gegen die Bestandsfestigkeit des Art. 102 GG, weil die Menschenwürde nur das Verbot, nicht aber seine ausdrückliche Verankerung in der Verfassung verlange: *Rainer Wiedemann*, in: Thomas Clemens/Dieter C. Umbach (Hrsg.), Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch 2002, Art. 102 Rn. 12 f.; *Christoph Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl., Art. 102 Rn. 33 („[f]ormal“ könne Art. 102 GG aufgehoben werden; inhaltlich sei eine Wiedereinführung der Todesstrafe aber wegen der Menschenwürdegarantie unzulässig). Zur Unvereinbarkeit einer solchen Preisgabe der spezialgrundrechtlichen Konkretisierungen der Menschenwürdegarantie mit der Entstehungsgeschichte der Art. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG siehe *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2. Kap., XIV.1. (mit den dortigen weiteren Verweisen); 4. Kap., I.3.

## Sachregister

- alliierte Bombenangriffe (Rawls) 128
- Deontologie 126, 222, 235, 244
  - Schutzakt-Deontologie 225
  - Schwellenwert-Deontologie 239
- Folter
  - minderen Grades? 167
- Folter (Definition) 149, 152, 153, 155
- Folterverbot *siehe* Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG)
  - als Tabu? 142
  - Argument der schiefen Ebene 231
  - Art. 3 EMRK 151, 155, 157, 161, 193, 204
  - Art. 3 EMRK (Entstehungsgeschichte) 196
  - Art. 4 GRCh 205
  - fiat justitia, pereat mundi (Beratungen zu Art. 3 EMRK) 210
  - Irrtumsargument 122, 228, 235, 254
  - kein Widerstreit oder rechtsfreier Raum 146
  - Luftsicherheitsgesetz-Urteil 191
  - Missbrauchsargument 229
  - Nothilfe (ethisch) 251
  - Notstands- und Nothilfebefugnisse 214
  - Parlamentsvorbehalt 169
  - rechtsphilosophische Infragestellung? 219
  - Standardbeispiel (Bentham) 128
  - Terrorismus (strategische Ziele) 232
  - tickende Zeitbombe 130, 233, 237
  - tragische Wahl 218
  - und Schutzpflicht für die Menschenwürde 172
  - UN-Folterverbotskonvention 206
  - Unwahrscheinlichkeitsargument 233
  - Zivilisierungsargument 232
- Generalprävention 27, 31
- Irrtumsargument
  - Folterverbot 228
  - Todesstrafe 122
- Konsequentialismus 126
  - Regelkonsequentialismus 236
  - Zehn-Sekunden-Universum 239
- Lebenslange Freiheitsstrafe 90
- Menschenwürde
  - des Straftäters 19
  - ethische Achtungs- und Schutztheorien 222
  - Kollision zwischen Achtungs- und Schutzpflicht 172
- Misshandlungsverbot (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG) 177
  - Herrenchiemsee 178
  - Parlamentarischer Rat 180
- Resozialisierung
  - Erst-Recht-Schluss auf die Unzulässigkeit der Todesstrafe 92
- Retribution 28
- Spezialprävention 28, 31 *siehe* Resozialisierung
- Todesstrafe
  - auf Herrenchiemsee 43
  - grausame Vollstreckungsarten 28
  - im Parlamentarischen Rat 45, 49, 62

- in den Landesverfassungen der Nachkriegszeit 42
- in der Paulskirchenversammlung 34
- in der Preußischen Nationalversammlung (1848) 37
- partielle Verbote 30
- unstreitige absolute Grenzen 26
- Verhältnismäßigkeit 30
- Unmenschliche oder erniedrigende Behandlung 151
- Utilitarismus *siehe* Konsequentialismus