

Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht –*

Von RiLG Professor Dr. Kai Ambos, Göttingen

Zusammenfassung

Cesare Beccarias Forderung nach Abschaffung der Folter kann nicht isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit seinem legendären Werk „Von den Verbrechen und den Strafen“¹ und der darin zum Ausdruck kommenden kontraktualistisch-utilitaristischen Strafrechtskonzeption gewürdigt werden. Bevor wir uns deshalb seiner eigentlichen Kritik der Folter zuwenden (III.) und ihre aktuelle Bedeutung beurteilen wollen (IV.), ist zunächst die *Beccaria*-Rezeption im Allgemeinen (I.) und die Entstehungsgeschichte des Werks im Besonderen (II.) zu untersuchen. Die kleine Untersuchung erbringt im Wesentlichen *drei Ergebnisse*, die ihr zugleich als Thesen vorangestellt werden können:

1. *Beccarias* Werk hat eine bis heute anhaltende Bedeutung als *kriminalpolitisches Manifest* zur utilitaristisch begründeten Ersetzung des grausamen, religiösen mittelalterlichen Strafrechts durch ein säkulares und (damit) im Ergebnis humaneres Strafrecht.

2. *Beccarias* reiht sich insoweit in die Reihe zahlreicher anderer aufklärerischer Denker ein, vermag aber seine – durchaus nicht neuartigen – Thesen so populär zuzuspitzen, dass sie sich rasanter Verbreitung in zahlreichen Sprachen erfreuen. Dies erklärt *Beccarias bis heute anhaltende Popularität*. Seine fehlende Anerkennung der geistigen Vorläufer seiner Thesen und insbesondere der erheb-

* Erweiterte Fassung eines Vortrags auf dem Alexander von Humboldt Kolleg „Beccaria 250 años después“, Santiago de Chile 28.–30. Juli 2010.

¹ Ich folge hier der modernen deutschen Übersetzung, die jüngst von *Th. Vormbaum* besorgt wurde (*C. Beccaria, Von den Verbrechen und den Strafen* [1764], 2005). Im Übrigen stütze ich mich auf die italienische Urfassung (*Dei delitti e delle pene*, abrufbar unter www.liberliber.it, 2. elektron. Aufl. 2003) und die darauf beruhende erste spanische Übersetzung von *Juan Antonio de las Casas* (*Tratado de los Delitos y de las Penas*, Madrid 1774, abrufbar unter <http://books.google.com>). *Morellet* hat im Jahre 1776 eine völlig neu geordnete französische Übersetzung vorgelegt; vgl. *K. Esselborn, Beccarias Leben und Werke*, in: *C. Beccaria, Über Verbrechen und Strafe*, 1905 (Ausgabe und Übersetzung von *Esselborn*), S. 26 ff., der sich nach anfänglicher Kritik (nach *Grimm*, zit. nach *Esselborn*, a.a.O., S. 27 mit Fn. ***, war *Beccaria* zunächst über die Änderungen *Morellets* so entrüstet, dass er sich nach einem anderen französischen Übersetzer umsaß) auch *Beccaria* in seiner 5. Auflage anschloss (*Esselborn*, a.a.O., S. 199 ff.) und die sich später nach und nach weltweit durchsetzte, u. a. auch in der in Lateinamerika weit verbreiteten Ausgabe von *Temis (Beccaria, De los delitos y de las penas*, 3. Aufl. 2003, 5. Nachdruck 2010) und in der hier zugrunde gelegten Übersetzung von *Vormbaum* (a.a.O.). Die Änderungen *Morellets* waren zwar nur formaler Natur – die Nummer des Folterkapitels wechselte etwa von XII zu XVI und einige Sätze wurden umgestellt –, doch hat der Text damit an innerer Logik gewonnen, weshalb auch im Folgenden die neuere Fassung zugrunde gelegt wird.

lichen Mitwirkung der Gebrüder *Verri* an der Entstehung seines Werks, gerade auch des Kapitels zur Folter, lassen allerdings *Zweifel an seiner Originalität und wissenschaftlichen Redlichkeit* aufkommen.

3. Die *heutige praktische Bedeutung* des Werks ist aufgrund der umfassenden normativen (völker- und verfassungsrechtlichen) Absicherung eines humaneren Strafrechts und eines fairen Strafverfahrens als *gering* zu veranschlagen. Auch per se inhumane und voraufklärerische Strafrechtssysteme bedürfen angesichts der menschenrechtlichen *lex lata* keiner *Beccaria*-Lektüre, um von der Notwendigkeit humanisierender Reformen überzeugt zu werden; sie sind zu diesen verpflichtet. Führen sie diese trotzdem nicht durch, wird *Beccaria* daran auch nichts ändern. Was insbesondere die von *Beccaria* mit neun Argumenten bekämpfte Folter angeht, so stellt sich die Lage nicht anders dar, wobei freilich seine Konzentration auf die im inquisitorischen Strafverfahren angewendete (repressive) Überführungsfolter den Blick auf die heute diskutierten Probleme im Zusammenhang mit der (präventiven) Rettungsfolter vollkommen verstellt.

I. Traditionelle und kritische *Beccaria*-Rezeption

Für die traditionelle *Beccaria*-Rezeption wird mit „*Dei delitti e delle pene*“ das säkulare, humanistische und rechtsstaatliche Strafrecht begründet. Die rechtsstaatlichen Errungenschaften dieses Strafrechts – einerseits die Abschaffung der Todesstrafe und der Folter sowie des geheimen Inquisitionsverfahrens, andererseits die Einführung des Gesetzlichkeitsprinzips² – seien durch dieses Werk maßgeblich bewirkt worden³. Diese Ansicht kann vor allem in Lateinamerika als vorherrschend bezeichnet werden. Dort wird das Werk zu den „großen Strömungen“ des Strafrechts gezählt und im gleichen Atemzug mit Autoren wie *Carrara*, von *Liszt u. a.* genannt⁴. Vor allem die sog. kritische Kriminologie hat

2 Dazu insbesondere *Küper*, JuS 1968, 548 f.; krit. aber *Naucke*, Einführung, in: *Vormbaum* (Hrsg.) (Anm. 1), S. XIII ff. mit Nachweisen in Fn. 61. Krit. auch schon *Naucke* (Anm. 12) mit Haupttext.

3 Vgl. bezüglich der Todesstrafe etwa *E. Weis*, Festschrift für Gagnér, 1991, S. 535 ff. („unmittelbare Wirkung ... daß die Todesstrafe und vor allem die Art und Häufigkeit ihrer Anwendung in Zweifel gezogen wurden.“). Hinsichtlich der humanistischen Ausrichtung siehe etwa *M. Barbero Santos*, *Actualidad y Derecho* (Madrid) No. 11, 18 de marzo de 1990, 139 ff., 139, 152 (auch in: *Centro Nazionale* [Anm. 4], S. 61 ff.), für den das Werk die Türen zu einem modernen und humanen Strafrecht aufgestoßen hat; auch *J. Lekschas*, Nachwort, in: *K. F. Hommel*, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (in der von *J. Lekschas*, 1966 herausgegebenen Ausgabe), S. 223 f.

4 Vgl. z. B. *Agudelo B.*, *Estudio preliminar*, in: *Beccaria*, *De los delitos* (Anm. 1), S. IX f.; *ders.*, in: *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Hrsg.), *Cesare Beccaria and modern criminal policy*, Mailand 1990, S. 401 ff.; *Aniyar de Castro*, ebd., S. 404 ff.; *Beiderman*, ebd., S. 414 ff.; *Da Costa*, ebd., S. 420 f.; *Zaffaroni*, ebd., S. 422 ff. (der aber einerseits immerhin zugibt, dass *Beccaria* kein Philosoph gewesen sei, S. 423, und andererseits seinen Einfluss auf das lateinamerikanische Strafrecht nachweist, S. 426 ff.). Tendenziell auch *de Faria Costa*,

dem Werk einen nicht nur kriminalpolitischen, sondern auch strafrechtsphilosophischen und -dogmatischen Stellenwert von überragender Bedeutung eingeräumt⁵. So sieht etwa *Alessandro Baratta* darin „den Ausdruck einer Bewegung, in der die gesamte politische Philosophie der europäischen Aufklärung zusammenfließt“. Es werde damit eine „programmatische Formulierung der Voraussetzungen einer Verbrechens- und Straftheorie sowie des (Straf-)Verfahrens im Rahmen einer liberalen Rechtsstaatskonzeption auf der Grundlage des utilitaristischen Prinzips des maximalen Glücks der größtmöglichen Zahl und des Sozialvertrags und der Gewaltenteilung“ vorgelegt⁶.

Gegen diese Ansicht, von *Naucke* etwas pejorativ als „*Beccaria*-Schema“ bezeichnet⁷, wendet sich eine Reihe von Autoren, die man eher dem klassischen Strafrecht und der Strafrechtsdogmatik zurechnen können und die deshalb vor allem die strafrechtstheoretische Fundierung der Thesen *Beccarias* kritisch hinterfragen. Diese Autoren erkennen zwar das historische Verdienst *Beccarias* an, zur richtigen Zeit und am richtigen Ort die Missbräuche des mittelalterlichen, religiös fundierten Strafrechts angeprangert zu haben; sie bezweifeln aber mitunter die Wirkung dieser Kritik und bemängeln häufig ihre fehlende verbrechenstheoretische Fundierung und Systematisierung⁸. So hat schon *von Bar* in seiner legendären Geschichte des deutschen Strafrechts zwar einerseits das „unbestreitbare[s], unvergessliche[s] Verdienst“ *Beccarias* mit Blick auf die Bekämpf-

Boletim da Faculdade de Direito LXXIV, 1998, 89 ff., für den *Beccarias* präventionsstrafrechtlicher Ansatz „ein wahres kriminalpolitisches Programm“ (101) darstellt.

- 5 Für eine „Rettung“ (*rescate*) *Beccarias* für diese neue Kriminologie sogar *Aniyar de Castro* (Anm. 4), S. 404 ff.
- 6 *A. Baratta*, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 8. Aufl. 2004, S. 25: „Este tratado es ... la expresión de un movimiento de pensamiento en el que confluye toda la filosofía política del Iluminismo europeo ... La consecuencia de esto para la historia de la ciencia penal ... es la formulación programática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, así como del proceso, en el marco de una concepción liberal del Estado y del derecho basada en el principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y en las ideas del contrato social y de la división de los poderes.“ (Übersetzung des Verfassers). Zur utilitaristischen Konzeption *Beccarias* vgl. etwa *Neppi Modona*, in: *Centro Nazionale* (Anm. 4), S. 77 ff., 85 ff.
- 7 *W. Naucke*, Einführung (Anm. 2); *ders.*, Die Modernisierung des Strafrechts durch *Beccaria*, in: *G. Deimling* (Hrsg.), *Cesare Beccaria, Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, 1989, S. 37 ff.
- 8 Vgl. schon *Esselborn* (Anm. 1), S. 17 ff. (S. 19: „Lässt ... auch die theoretische Begründung ... manches vermissen, ... so tut dies dennoch seinem unbestreitbaren und unsterblichen Verdienst keinen Abbruch ...“); *Küper*, JuS 1968, 547 re.Sp. mit Verweis u. a. auf *Frank*; *G. Kräupl*, Die Gesellschaft, der Einzelne und das Verbrechen – *Beccarias* kriminologisches Verständnis, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 155, 161; *Th. Vormbaum*, *Beccaria* und die strafrechtliche Aufklärung in der gegenwärtigen strafrechtlichen Diskussion, in: *H. C. Jacobs* (Hrsg.), *Gegen Folter und Todesstrafe*, 2007, S. 305, 317 („Respekt für ... Bereitschaft zum Nonkonformismus und für ... Zivilcourage ...“); zur fehlenden Systematisierung schon *K. F. Hommel*, Vorrede, in: *Hommel* (Anm. 3), S. 7; auch *J. Llobet R.*, *Garantías y sistema penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, 1999, S. 33. Für eine generelle Kritik an der Aufklärung insoweit *Vormbaum*, a.a.O., S. 317 („aufklärerische Kritik“ an der Strafrechtstheorie der Aufklärung); *M. Cattaneo*, *Aufklärung und Strafrecht*, 1998, S. 42.

fung der Missbräuche des damaligen Strafrechts anerkannt⁹, andererseits aber über eine „populär[e]“ Darstellung hinaus „nichts Neues“ in der Schrift entdecken können¹⁰ und vor allem auch die „Folgerichtigkeit und Genauigkeit“ der theoretischen Begründung bemängelt¹¹. Radikaler noch sieht *Naucke* in *Beccaria* zwar den Kritiker des alten, abgelebten, religiös begründeten Strafrechts, doch zugleich auch den Begründer bzw. Verstärker eines an Effektivität und gesellschaftlichem Nutzen orientierten neuen (harten) öffentlichen Strafrechts, bei dem lediglich die religiöse Begründung des Strafrechts durch die säkulare ersetzt werde¹². *Beccarias* Forderungen – Abschaffung der Todesstrafe und der Folter – und seine Prinzipien – Verhältnismäßigkeit, Gesetzlichkeit¹³, Sozialschädlichkeit – seien zu oberflächlich und schlecht begründet, um die unverrückbaren rechtsstaatlichen Grenzen eines humanen Strafrechts fixieren zu können¹⁴. Seine allgemeinen Lehren seien zu wenig konkret, sein „Gefühl für Humanität“¹⁵ „irrational“ und zu „wenig inhaltsreich“, um gegen die inhumanen Entgleisungen des Strafrechts in seiner konkreten Ausgestaltung und Anwendung ankommen zu können¹⁶. Dazu bedürfe es eben nicht eines herzenguten, aufgeklärten (säkularen) Juristen, sondern des „in den juristischen Techniken gut ausgebildete[n], aber gegen jede Herrschaftsform mißtrauische[n] Jurist[en] (den es bei *Beccaria* nicht gibt)“¹⁷. *Beccarias* „unvermeidlicher“ Sozialvertrag, dem sich niemand entziehen könne, führe zur Unvermeidbarkeit und

⁹ *L. von Bar*, Handbuch des deutschen Strafrechts. Erster Band: Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882, S. 234 f. In diesem Sinne sprach auch schon *Hommel* (Anm. 3) im Jahre 1778 von dem „unsterblichen“ Werk *Beccarias*.

¹⁰ Vor allem nicht mit Blick auf die Ablehnung eines göttlich begründeten Strafrechts (*von Bar* [Anm. 9], S. 235). Dazu auch *Küper*, JuS 1968, 550 li. Sp., 551 li. Sp., womit *Beccaria* das Strafrecht auf eine „neue rationale Basis gestellt“ habe.

¹¹ Einerseits hinsichtlich der „oberflächlichen und verkehrten Ansicht“, dass die „Strafgesetze einer wissenschaftlichen Interpretation entbehren könnten“; *v. Bar* (Anm. 9), S. 233; andererseits hinsichtlich der vertragsrechtlichen und generalpräventiven Begründung der Strafe, weil sie auf der „Fiction der Einwilligung“ in die Strafe und der Aufopferung zur Abschreckung anderer beruhe (ebd.; vgl. insoweit schon *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797, Ausgabe Meiner 3. Aufl. 2009, S. 155, der bekanntlich *Beccaria* und allgemein den Vertretern der Präventionslehren vorwirft, den Mensch „unter die Gegenstände des Sachenrechts“ zu mengen, also als Mittel zu den Zwecken von Staat und Gesellschaft benutzen zu wollen; dazu auch *Küper*, JuS 1968, 550 re. Sp.) und diese Einwilligung nicht partiell nur bzgl. der Todesstrafe zurückgenommen werden könne (aufgrund einer „partiellen“ Vertragstheorie, *Küper*, JuS 1968, 552 re. Sp.), weil ja auch andere Freiheitsstrafen äußerst grausam und damit nicht einwilligungsfähig waren (so in der Sache *von Bar* [Anm. 9], S. 234). Krit. insoweit auch *Küper*, JuS 1968, 552 f., für den das wesentliche Gegenargument der Irreparabilität der Todesstrafe fehlt; auch *Naucke*, Einführung (Anm. 2), S. XXV f., für den die Begründung *Beccarias* von „politisch fahrlässiger Oberflächlichkeit“ ist und seine alternative Freiheitsstrafe die „säkularisierte Hölle“.

¹² *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 42 ff., 42, 50; *ders.*, Einführung (Anm. 2), S. XL f.

¹³ Ein absolut verstandenes Gesetzlichkeitsprinzip führe zu einer grenzenlosen Gesetzesmacht, der sich der Bürger unterwerfen müsse; *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 49 f.; *ders.*, Einführung (Anm. 2), S. XXIX f.

¹⁴ *Naucke*, Einführung (Anm. 2), S. XXV ff.

¹⁵ Ebd., S. XIX.

¹⁶ Ebd., S. XXII ff.

¹⁷ Ebd., S. XXIV.

Notwendigkeit des Strafens und damit zu einem noch mächtigeren Strafrecht¹⁸. *Beccarias* utilitaristische Begründung des Strafrechts habe zur Folge, dass die von ihm propagierten Prinzipien „nicht also absolute Grenzen jeden Strafens, sondern ... als Unterstützungen der Zweckmäßigkeit des Strafens“ diskutiert würden¹⁹, es geht also um Begründung (Legitimation), nicht Begrenzung (Limitation) des Strafrechts. Überdies sei der utilitaristische Ansatz austauschbar: Er diene nicht nur einem liberalem, vernünftigen Strafrecht, sondern auch allen anderen Strafrechten, vom human-liberalen bis zum inhuman-brutalen²⁰ und die jeweilige Macht könne, dank der „nur mit Willkür zu füllenden Generalklausel“²¹ der Sozialschädlichkeit, selbst entscheiden, wie viel und welches Strafrecht sie zu ihrer Erhaltung brauche²². So erweise sich der strafrechtliche Rechtsstaat *Beccarias* als der „gesetzlich verstärkte Sicherheitsstaat mit wechselnden Inhalten“²³. *Beccarias* Strafrecht sei alles, vor allem säkular, aber „[h]uman ist es nicht“²⁴.

Diese scheinbar gegenläufigen Ansichten lassen sich in Übereinstimmung bringen oder doch einander annähern, wenn man das Werk *Beccarias* als das nimmt was es ist, nämlich als ein kriminalpolitisches *Manifest oder Programm*²⁵, dessen – durch die rasante Verbreitung in mehreren Sprachen dokumentierter²⁶ – Erfolg gerade in der thesenartigen und populären²⁷ Zuspitzung rechtsstaatlicher, im Zuge der Aufklärung nicht länger aufschiebbarer und zur damaligen Zeit²⁸ wahrlich revolutionärer Kernforderungen zu sehen ist. Ein darüber hinausgehender theoretischer Anspruch ist mit einem solchen Manifest nicht verbunden, denn die von *Beccaria* propagierte „utilitaristische[n] Fundierung des Kontraktualismus“²⁹ stellt eine (zu) dünne philosophische Grundlage dar, um darauf eine konkrete Verbrechenslehre errichten zu können³⁰. Vor allem aber führt seine

¹⁸ *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 45; *ders.*, Einführung (Anm. 2), S. XLI.

¹⁹ *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 50.

²⁰ *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 52; *ders.*, Einführung (Anm. 2), S. XLI.

²¹ Ebd., S. XXXI.

²² Ebd., S. XXXI.

²³ Ebd., S. XLII.

²⁴ Ebd., S. XLIII.

²⁵ Ähnlich *de Faria Costa* (Anm. 4), 91 und passim („programa de política criminal“); *E. Malarrino*, Pietro Verris „Betrachtungen über die Folter“ und die Debatte über die Abschaffung der Folter in der österreichischen Lombardei, in: *Th. Vormbaum* (Hrsg.), Pest, Folter und Schandsäule, 2008, S. 171, 197 („Pamphlet“).

²⁶ *Weis*, Festschrift für Gagnér, 1991, S. 538 („Echo wie nur wenige Bücher der Geistesgeschichte“).

²⁷ *V. Bar* (Anm. 9), S. 235. *Aniyar de Castro* (Anm. 4), S. 407 spricht insoweit von einer „literarischen Eleganz der Sprache Beccarias“ („elegancia literaria del lenguaje beccariano“).

²⁸ Instruktiv zum deutschen Kontext eines feudal-absolutistischen Strafrechts *Lekschas* (Anm. 3), S. 229 ff.

²⁹ *W. Rother*, Zwischen Utilitarismus und Kontraktualismus: *Beccarias* Kritik an der Todesstrafe im philosophischen Kontext, in: *Jacobs* (Anm. 8), S. 186. Instruktiv dazu *Küper*, JuS 1968, 548 ff.

³⁰ Vgl. auch *G. Deimling*, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, S. 63 wonach die kriminalpräventiven Forderungen *Beccarias* nicht auf einer „expliziten Verbrechenstheorie“ beruhten, sondern sich seine Einteilung der Verbrechen und Strafen ausschließlich nach dem zugefügten gesellschaftlichen Schaden richte; dazu auch *Küper*, JuS 1968, 550 li. Sp.

„eigentümliche Kombination humanitärer Forderungen mit utilitaristischen Zweckerwägungen“³¹ zu offensichtlichen Widersprüchen³², die letztlich nur durch die Zurückstellung der durchaus vorhandenen humanitären Erwägungen³³ hinter Gemeinwohlinteressen aufgelöst werden können. Das wird etwa an seinen Ausführungen zur Todesstrafe³⁴ deutlich, die er letztlich nur aus Nützlichkeitsabwägungen ablehnt: zum einen befürwortet er sie, wenn „sie andere von der Begehung von Verbrechen“ abhalten würde³⁵; zum anderen fordert er aus diesen generalpräventiven Effizienzerwägungen heraus noch grausamere Freiheitsstrafen³⁶. Vor allem aber steht die „Gewißheit und Unverbrüchlichkeit der Strafen“ für *Beccaria* nicht zur Disposition, denn dies entspreche zwar der Menschlichkeit, widerspreche aber dem Gemeinwohl, dessen vornehmster Ausdruck das „Recht zum Strafen“ sei³⁷; Vergebung und Gnade hingegen nährten nur „die Verlockung der Straflosigkeit“ und schwächten damit das Strafrecht³⁸. Eine Strafe sei gerecht, wenn sie notwendig sei³⁹. Immerhin kann man dem am

31 *Küper*, JuS 1968, 551 re. Sp.: Humanität nicht als Selbstzweck sondern als Gebot der Vernunft. Anders ausgedrückt: nur humanitäres Strafrecht ist vernünftig, weil effizient und damit nützlich. Vgl. auch *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 44, der in „Humanität und Effektivität“ die Gründungen des *Beccarianschen* Strafrechts sieht, wobei das Humanitätsargument letztlich utilitaristischen Überlegungen untergeordnet werde, weil Humanität nur „als Mittel der Kritik an einer unzweckmäßigen Strafrechtspflege“ diene (S. 47 ff., 49). Humanität und Effektivität müssten aber, wenn man Strafrecht begrenzen wolle, getrennt werden (S. 52 f.).

32 Vgl. etwa *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), S. 28 f. (Kap. X. Suggestivbefragungen. Aussagen), wo er es einerseits als „naturwidrig“ bezeichnet, dass „ein Beschuldigter sich unmittelbar selbst beschuldigt“, er andererseits aber denjenigen, „der beim Verhör hartnäckig die Antwort auf die ihm gestellten Fragen verweigert“ streng bestrafen will; krit. dazu *Jerouschek*, ZStW 110 (1998), S. 671, für den sich dahinter das „Medusenhaupt des Geständniszwangs ... in generalpräventivem Gewand“ zeige. Oder *Beccaria*, a.a.O., S. 48 ff. (Kap. XVI. Von der Todesstrafe), wo er einerseits den Kampf gegen die Todesstrafe auch als Kampf für Menschlichkeit bezeichnet (S. 49), andererseits aber sogar grausamere Freiheitsstrafen als die Todesstrafe aus (general-)präventiven Gründen fordert (S. 50: „zu solchen langdauernden und elenden Lebensbedingungen erniedrigt ...“; S. 52: „... in eisernem Käfig ... beim Zusammenzählen aller unglücklichen Augenblicke der Knechtschaft diese vielleicht sogar noch schmerzhafter“ als die Todesstrafe „ist“; ... „und ebendies ist der Vorteil der Strafe der Knechtschaft, die denjenigen, der ihr zuschaut, mehr in Schrecken versetzt als denjenigen, der sie erduldet ...“) und wiederum widersprüchlich die Todesstrafe gerade wegen ihre Grausamkeit als „nicht nützlich“ erachtet (S. 54). Für *Mondolfo*, Cesare Beccaria, 1960, S. 65 (zit. nach *Cattaneo* [Anm. 8], S. 47) hat *Beccaria* den Widerspruch zwischen humanistischem Prinzip und utilitaristischer Begründung der Strafe nicht erkannt.

33 S. vor allem *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), S. 77: „Wo die Gesetze erlauben, daß der Mensch unter gewissen Voraussetzungen aufhört, Person zu sein, und zur Sache wird, dort gibt es keine Freiheit.“ (in: *Dei delitti* [Anm. 1], Kap. XX, S. 26). Für *Agudelo B.*, in: *Centro Nazionale* (Anm. 4), S. 402 f. zeigt sich darin *Beccarias* Übereinstimmung mit Kant hinsichtlich seines Bekenntnisses zur Menschenwürde, die eine Vermengung des Menschen mit den Sachen (Anm. 11) verbiete.

34 Vgl. schon Anm. 32. Zur Rezeption im 18. Jh. insoweit *B. Kreuziger*, Argumente für und wider die Todesstrafe(n), in: *Deimling* (Anm. 7), S. 99 ff.

35 *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), S. 49.

36 Vgl. schon Anm. 32.

37 Vgl. *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), Kap. XX. Gewißheit und Unverbrüchlichkeit der Strafen. Gnade, S. 64 („Recht zum Strafen ist ... das aller Bürger oder des Herrschers“).

38 Ebd., S. 65.

39 Ebd., S. 98.

Gesellschaftsvertrag und an der Sozialschädlichkeit orientierten Strafrechtsverständnis *Beccarias* einen – für die bürgerliche Aufklärung des 18. Jahrhunderts allerdings typischen⁴⁰ – objektivistischen Verbrechensbegriff⁴¹ und einen ausbaufähigen Ansatz für eine materielle Bestimmung des Unrechts entnehmen⁴². So lässt sich in der heute herrschenden Rechtsgutslehre durchaus die Konkretisierung der Sozialschädlichkeitslehre sehen⁴³, was freilich nichts daran ändert, dass diese Lehre, vor allem in ihrer realsozialistisch-sowjetischen Ausprägung der Sozial- oder Gesellschaftsgefährlichkeit⁴⁴, zum Einsatz des Strafrechts als politisches Disziplinierungsinstrument der „Konterrevolution“ missbraucht werden kann⁴⁵ und deshalb die Skepsis *Nauckes*⁴⁶ – trotz ihres zugleich anzuerkennenden Limitierungspotentials⁴⁷ – durchaus berechtigt ist. Wie dem auch sei, man wird auch sagen können, dass *Beccaria* das Strafrecht mit seiner Befreiung von religiösen Elementen und der Orientierung am Gesellschaftsschaden bzw. Gemeinwohl jedenfalls „auf eine neue rationale Basis gestellt“⁴⁸ und „im Diesseits der sozialen Ordnung angesiedelt“ hat⁴⁹, wenn auch humanistischen Erwägungen dabei allenfalls sekundäre Bedeutung zukam⁵⁰, will man diese nicht im

⁴⁰ Vgl. *Lekschas* (Anm. 3), S. 250 ff.

⁴¹ Vgl. *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), Kap. XXIV. Maßstab der Verbrechen, S. 72: der wahre Maßstab der Verbrechen sei „Schaden für die Gesellschaft“, nicht „die Absicht dessen, der sie begeht.“ Dazu auch jüngst *L. Gracia Martín*, GA 2010, 323, 334 (Sozialschädlichkeit aufgrund Verletzung der Vertragsbedingungen).

⁴² *Küper*, JuS 1968, 550 li. Sp., 551 re. Sp. m.w.N.

⁴³ Vgl. jüngst etwa *N. Wrage*, Grenzen der staatlichen Strafgewalt: Überlegungen zu einer Renaissance des materiellen Verbrechensbegriffes, 2009, S. 42 ff., der von einer Typisierung durch die Rechtsgutslehre ausgeht. Vgl. auch *Y. Meng*, Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung des Delikts nach dem deutschen und chinesischen StGB, 2009, S. 114: „Die Rechtsgutslehre öffnet eine Tür zum Nachweis der Sozialschädlichkeit, wodurch das Rechtsgüterschutzprinzip der Verhinderung der sozialschädlichen Handlungen dient.“ Zur systemtheoretischen Nutzung der Sozialschädlichkeit als materialer Maßstab bei *Amelung* und *Jakobs* jüngst (krit.) *Swoboda*, ZStW 122 (2010), S. 24, 41 ff. m.w.N.

⁴⁴ Vgl. *Lammich*, ZStW 109 (1997), S. 417, 422 f.; *Rinceanu*, ZStW 121 (2009), S. 792, 802 ff.

⁴⁵ Krit. etwa *Lammich*, ZStW 109 (1997), S. 423; *Rinceanu*, ZStW 121 (2009), S. 806 f. Vgl. auch § 13c chinesStGB (der auf § 7 sowjetStGB beruht), wonach Verbrechen u. a. „alle sozialschädlichen Angriffe“ gegen die „volksdemokratische Diktatur, das sozialistische System“ sind (zit. nach *Yang/Richter*, Begriff und Systematisierung der Straftat in China, in: *Sieber/Cornils* [Hrsg.], Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Teilband 2, 2008, S. 353).

⁴⁶ Oben Anm. 21 und Haupttext.

⁴⁷ Vgl. nochmal § 13c chinesStGB, aus dem sich die limitierende Funktion der Sozialschädlichkeit bei Handlungen ergibt, die „wegen Geringfügigkeit keine große Sozialschädlichkeit“ darstellen und deshalb nicht als Verbrechen gelten (sog. Bagatellklausel); dazu auch *Yang/Richter* (Anm. 45), S. 354; *Rinceanu*, ZStW 121 (2009), S. 802 ff.; zum geltenden polnStGB (Art. 1 §§ 1–3) insoweit *Weigend/Wróbel*, ZStW 122 (2010), S. 259, 260.

⁴⁸ *Küper*, JuS 1968, 551 li. Sp. Zur antireligiösen Stoßrichtung schon *Hommel* (Anm. 8), S. 2 („Man muß Sünde, Verbrechen und verächtliche Handlungen nicht unter einander werfen“), 10 („Gottes Gerichte und menschliche Gerichte sind heterogene Dinge und so schwerlich wie Wasser und Öl mit einander zu vermischen, weil ihre Bestandteile und ihre Quellen verschiedentlich sind.“); auch *Vormbaum* (Anm. 8), S. 317.

⁴⁹ *Küper*, JuS 1968, 551 li. Sp.

⁵⁰ Positiver insoweit *Küper*, JuS 1968, 551 li. Sp. („als menschliche Institution im Dienste menschlicher Zwecke“, hier weggelassener Teil des Zitats bei Anm. 49 mit Haupttext).

Primat der Verbrechensverhütung⁵¹ verwirklicht sehen. Im Zweifel geht es *Beccaria* also nicht um ein per se humanes und gerechtes, sondern ein effizientes und sozial nützliches Strafrecht⁵².

Mit diesen Einschränkungen stellt *Beccarias* „Büchlein“ (*libricino*), richtig verstanden als kriminalpolitisches Manifest⁵³, einen Meilenstein der Aufklärung⁵⁴ und letztlich der – jedenfalls normativen – Abschaffung der Folter dar⁵⁵. Es dient nach wie vor als Fixpunkt des klassisch-liberalen Strafrechts⁵⁶, unabhängig davon, ob man dieses zur Lösung der heutigen Probleme der globalisierten Risikogesellschaft für geeignet hält oder nicht⁵⁷. Eine kritische Lektüre verdient das Werk damit auch heute noch, vor allem in Ländern mit einem anti-aufklärerischen Strafjustizsystem⁵⁸.

II. Zur Entstehung von „Dei delitti e delle pene“

Gravierender als die dogmatische oder theoretische Kritik an der Schrift erscheint denn auch ihre Entstehungsgeschichte, ergibt sich doch daraus, dass *Beccarias* (alleinige) Urhebererschaft – wohl weniger aus intellektuellen als vielmehr aus Gründen mangelnden Arbeitseifers – ernsthaft in Zweifel gezogen werden muss. Aus der jüngst von *Malarino* vorgelegten, äußerst gründlichen Analyse der Korrespondenz der Gebrüder *Verri* und der einschlägigen italienischen *Beccaria*-Forschung ergibt sich in kaum zu überbietender Eindeutigkeit, dass insbesondere *Pietro Verri* maßgeblich zur Entstehung des Werks beigetragen

⁵¹ *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), Kap. XLI. Wie man Verbrechen verhütet, S. 107 ff., 107: „Es ist besser, Verbrechen zu verhüten, als sie zu bestrafen“.

⁵² *W. Alff*, Einführung, in: *ders.* (Hrsg.), Über Verbrechen und Strafen (Übersetzung nach der Ausgabe von 1766), 1988, S. 39 weist darauf hin, dass bei *Beccaria* das Wort „Humanität“ gar nicht vorkomme, sondern lediglich „Empfindsamkeit“ (*sensibilità*) i. S. v. Empfänglichkeit von Lust und Schmerz. Anders sieht *Cattaneo* (Anm. 8), S. 42 ein humanes Strafrechtsverständnis neben präventiver Straftheorie und, S. 47, ein Bekenntnis zur Menschenwürde. In diesem Sinne auch *Pisapia*, in: *Centro Nazionale* (Anm. 4), S. 60; *G. O. W. Mueller*, ebd., S. 102; *Delmas-Marty*, ebd., S. 141; *Agudelo B.*, ebd., S. 402 f.

⁵³ Vgl. schon Anm. 25.

⁵⁴ Zum „bedeutenden Aufschwung“, den die deutsche Aufklärung durch die Übersetzung des Werks nahm siehe *Lekschas* (Anm. 3), S. 242.

⁵⁵ *Malarino* (Anm. 25), 197.

⁵⁶ Vgl. zuletzt *Schünemann*, GA 2010, 353, 359.

⁵⁷ Zum Widerstandsdiskurs der sog. – so gar nicht existierenden – Frankfurter Schule *versus* modernen Positionen eines Strafrechts der zwei Geschwindigkeiten oder eines sozialen und demokratischen Strafrechts, das gerade auch kollektive Rechtsgüter schützen will, zuletzt *J. M. Silva Sanchez*, GA 2010, 307 ff. und *Gracia Martin*, GA 2010, 323 ff.

⁵⁸ So erklärt sich der anhaltende Erfolg in Lateinamerika (zur Aktualität dort vgl. *Agudelo B.* [Anm. 4], S. X ff.; *Llobet R.* [Anm. 8], S. 84 ff.; *Beiderman* [Anm. 4], S. 414 ff.; *Da Costa* [Anm. 4], S. 420 f.), während europäische Autoren geteilter Meinung über die heutige Bedeutung *Beccarias* sind; vgl. etwa *Küper*, JuS 1968, 553 re. Sp., für den die „Aktualität der Gedanken“ sich auch heute noch „zu einer lohnenden Lektüre“ macht und *de Faria Costa* (Anm. 4), 104, für den es „zwingend“ (*imperioso*) ist, *Beccaria* heute zu lesen, während für *Vormbaum* (Anm. 8), S. 317 *Beccaria* „dem heutigen Strafrecht nicht mehr viel zu sagen hat“.

hat und zwar in ideeller wie materieller Hinsicht⁵⁹. So erklärt sich auch, dass er selbst es – wie ein eigenes Werk – verteidigt hat⁶⁰.

Was das Thema der Folter angeht, so ist zunächst um der historischen und wissenschaftlichen Redlichkeit willen darauf hinzuweisen, dass *Beccaria* keineswegs der erste war, der sich gegen die Folter gewendet hat⁶¹. *Jerouschek* hat *Beccaria* insoweit vorgeworfen, dass er *Friedrich von Spees* *Cautio criminalis* (1631) nicht erwähnt habe, obwohl er sie gekannt haben müsse und sich darin schon „fast alles“ finde, was *Beccaria* zur „Widerlegung“ der Folter zu sagen hatte⁶². Auch ein Hinweis auf *Thomasius’* *Dissertatio de tortura ex foris christianorum proscibenda* (1705) findet sich bei *Beccaria* nicht⁶³. Vor allem aber hat er nie die schon erwähnte intellektuelle (Mit-)Urheberschaft *Pietro Verris* an den *Deliti* gerade hinsichtlich der Folter anerkannt, obwohl dieser praktisch zeitgleich⁶⁴ an seinen „*Osservazioni sulla tortura*“ gearbeitet, diese drei Jahre später (1777) beendet hat und sie im Jahre 1804 veröffentlicht wurden⁶⁵. So ist es wenig verwunderlich, dass sich in den *Osservazioni* zahlreiche implizite Hinweise auf *Beccaria* finden, die ein etwas trübes Licht auf seine intellektuelle Redlichkeit werfen, weil in ihnen der Vorwurf mitschwingt, dass *Beccarias* Argumente gegen die Folter in Wirklichkeit alter Wein in neuen Schläuchen war⁶⁶. Mögen es auch

⁵⁹ Vgl. *Malarino* (Anm. 25), S. 215 f., wo er in Fn. 148 insbesondere den Brief *Pietro Verris* an die Mailänder Freunde zitiert: „als er das Material beisammen hatte, schrieb ich es nieder und brachte es in eine Ordnung und machte ein Buch daraus“; sowie Fn. 150, wo er den Brief *Alessandro Verris* an *Isidoro Bianchi* zitiert, aus dem sich ergibt, dass *Beccaria* die „erforderliche Ausdauer“ zur Abfassung des Werks fehlte und täglich nicht mehr als zwei Stunden daran arbeiten konnte, wobei *Pietro Verri* „sich die Mühe machte, das Werk mit eigener Hand in eine Endfassung zu bringen.“ Vgl. auch ebd., S. 218 mit Fn. 154 und S. 219 mit Fn. 156 mit Nachweisen zur späteren Korrespondenz der Gebrüder *Verri*, wo als Reaktion auf die fehlende Erkenntlichkeit *Beccarias* sogar das Wort „Plagiator“ fällt (Fn. 154) und *Pietro* einen „Krieg“ gegen das Buch vor allem deshalb ablehnt, weil es „auf unsere Anregung hin verfasst“ wurde und „zu dessen Entstehen wir so viel geholfen haben.“ Vgl. auch schon *Llobet R.* (Anm. 8), S. 68 („... en general los biógrafos de Beccaria consideran que fue escrita por los hermanos Verri, principalmente por Pietro“); *Barbero Santos* (Anm. 3), 140 f., 147 (insbesondere 141: wonach *Pietro* den Text „nicht nur in Reinschrift übertragen, sondern ihn auch überarbeitet hat“ [„no sólo lo pasó a limpio, sino que ... lo reelaboró ...“]); *Pisapia* (Anm. 52), S. 55. Dagegen betont *Zaffaroni* (Anm. 4), S. 423, dass das Verdienst des Buchs und seine Kreativität *Beccaria* zustehe; die insoweit geäußerte Kritik hält er für ein Produkt von anti-aufklärerischen *Beccaria* Gegnern (insoweit auch S. 443 f.).

⁶⁰ *Malarino* (Anm. 25), S. 216 f. mit Fn. 151 f.; *Llobet R.* (Anm. 8), S. 68.

⁶¹ Vgl. auch *Malarino* (Anm. 25), S. 195 ff.

⁶² *Jerouschek*, *ZStW* 110 (1998), S. 672 f. Zu *von Spee* auch *Schulz*, Die Ausweitung des Folterbegriffs unter menschlichen Aspekten, in: *Jacobs* (Anm. 8), S. 225 ff., der schon bei *von Spee* Nützlichkeitsargumente ausmacht (ebd., S. 229).

⁶³ Vgl. *Jerouschek*, *ZStW* 110 (1998), S. 671 f., der *Thomasius* aber nicht als Wegbereiter *Beccarias* sieht; zu *Thomasius* auch *Schulz* (Anm. 62), S. 230 ff. Für einen Vergleich mit der ein Jahr später erschienenen Schrift *Sonnensfels* vgl. *Cattaneo* (Anm. 8), S. 49 ff., 54 ff.

⁶⁴ Nach *Malarino* (Anm. 25), S. 179 f., gehen viele der Reflexionen und Gedanken der *Osservazioni* „auf eine frühere Zeit zurück, insbesondere auf diejenige der ‚Accademia die Pugni‘ und der Zeitschrift *Il Caffè*.“

⁶⁵ Zur Entstehungsgeschichte genau *Malarino* (Anm. 25), S. 175 ff. *Pietro Verri* starb im Jahr 1797, so dass sein Werk von seinem Assistenten *Pietro Custodi* veröffentlicht werden musste.

⁶⁶ Vgl. *Malarino* (Anm. 25), S. 197, 219 (unter Verweis auf eine unveröffentlichte Rezension

die Autoren der Aufklärung mit wissenschaftlicher Redlichkeit nicht so genau genommen haben⁶⁷, wie wir das heute zu tun verpflichtet sind⁶⁸, und mag auch „der kriminalwissenschaftliche Diskurs der Aufklärung kaum durch die Kreation neuer Argumente imponiert“ haben, sondern seine epochemachende Leistung in der „Säkularisierung der Moral“ gelegen haben⁶⁹, und darf man schließlich sicher nicht das persönliche Risiko, das *Beccaria* mit der Veröffentlichung unter seinem Namen auf sich genommen hat, geringschätzen, so hinterlässt doch jedenfalls die vollständige Unterschlagung jeglicher aufklärerischer Tradition⁷⁰ hinsichtlich der Ablehnung der Folter und insbesondere des Beitrags des ihm besonders nahestehenden *Verri* einen bitteren Nachgeschmack.

III. *Beccarias* Argumente gegen die Folter

Wenn wir uns nun den eigentlichen Argumenten *Beccarias* gegen die Folter zuwenden, so lassen sich dem einschlägigen Textteil⁷¹ neun Argumente gegen die Folter mit unterschiedlicher Überzeugungskraft entnehmen:

1. Die Folter stelle eine *vorweggenommene Strafe* und zugleich *Verletzung der Unschuldsvermutung* dar, weil ohne vorherige Feststellung der Schuld gerade zu deren Feststellung gefoltert würde und dies eben auch Unschuldige treffe⁷². Die Gefahr, dass Unschuldige gequält würden, sei hoch, weil die Mehrzahl der Bürger – ganz im Sinne negativer Generalprävention – die Gesetze befolgten, also unschuldig sei⁷³.

2. Die Folter verletze das *Selbstbelastungsverbot*, weil der „Ankläger zugleich Angeklagter“ sei, sich der Gefolterte eben selbst belasten müsse⁷⁴.

3. Die Folter sei „schändlicher Prüfstein der Wahrheit“ („infame crociuolo della verità“) und *irrational*, weil sie den widerstandsfähigen, schmerzunempfindlichen *Starken* gegenüber dem Schwachen *privilegiere* und damit ebenso

Pietro Verri, in welcher dieser die geringe Originalität des Werks kritisierte), S.220 („im eigenen Text viele jener Argumente benutzt hatte, ohne die Autoren anzugeben.“).

⁶⁷ *Jerouschek*, ZStW 110 (1998), S. 672.

⁶⁸ Vgl. die Empfehlungen der DFG Kommission zur „Selbstkontrolle in der Wissenschaft“ von 1998 unter http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/reden_stellungnahmen/download/empfehlung_wiss_praxis_0198.pdf. Schon unter Empfehlung 1, S. 7 lesen wir dort, dass es zu den allgemeinen Prinzipien wissenschaftlichen Arbeitens gehört, „Resultate zu dokumentieren“ und „strikte Ehrlichkeit im Hinblick auf die Beiträge von Partnern, Konkurrenten und Vorgängern zu wahren“.

⁶⁹ *Jerouschek*, ZStW 110 (1998), S. 672.

⁷⁰ Immerhin zitiert er *Montesquieu* (*Beccaria*, Von den Verbrechen [Anm. 1], S. 28), allerdings in Zusammenhang mit geheimen Anklagen (Kap. IX).

⁷¹ Kap. XVI der hier verwendeten Übersetzung von *Vormbaum* (Anm. 1).

⁷² *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), S. 31.

⁷³ Ebd., S. 31 f.

⁷⁴ Ebd., S. 32.

irrational sei wie der mittelalterliche Gottesbeweis⁷⁵: „Von zwei gleichermaßen unschuldigen oder gleichermaßen schuldigen Menschen wird der starke und mutige freigesprochen . . ., der schwache und ängstliche verurteilt . . .“⁷⁶.

4. Die Folter *privilegiere den Schuldigen* gegenüber dem Unschuldigen, denn während dieser „alle Möglichkeiten gegen sich“ habe – entweder gestehe er und werde deshalb bestraft oder er werde für unschuldig erklärt, habe aber die „nicht geschuldete Strafe“ der Folter erlitten –, habe jener immerhin die Chance, wenn er der Folter widerstehe, ungerechtfertigterweise freigesprochen zu werden und damit „eine größere Strafe gegen eine geringere“ einzutauschen⁷⁷.

5. Die Folter vernichte – wie der Gottesbeweis – die *Willensfreiheit*, denn der Schmerz lasse dem Gefolterten keine andere Wahl, als „sich als Schuldiger zu bezeichnen“, um „damit der Folter zu entkommen“⁷⁸.

6. Die Folter produziere damit zugleich *Unwahrheit*, denn das Geständnis ist nicht Ausdruck der Wahrheitsliebe des Gefolterten, sondern Folge der Pein und seines Wunsches dieser zu entkommen⁷⁹. Viele Unschuldige haben sich „wegen der Qualen der Folter für schuldig bekannt . . .“⁸⁰. Außerdem sei der Wahrheitsgehalt einer Aussage beim Gefolterten noch weniger erkennbar als bei einem ruhigen Menschen.

7. Die Anwendung von Folter zur Reinigung von *Ehrlosigkeit* – auf religiösen und geistigen Bräuchen beruhend – sei „lächerlich“, weil damit neue Ehrlosigkeit hervorgebracht würde, nämlich die des Folteropfers⁸¹.

8. Die Folter erweise sich als *Würdeverletzung*, wie sie nur gegenüber Nicht-Personen, z. B. den Sklaven im alten Rom, vorkomme⁸².

9. Sei die Folter schon ungeeignet zur Feststellung der Tat des Gefolterten, so könnten noch weniger *andere Taten und/oder Beteiligte* entdeckt werden. Mehr noch: Der Gefolterte werde andere noch leichter als sich selbst anklagen⁸³. Es sei ungerecht, Menschen wegen Verbrechen anderer zu foltern. Es sei auch unnützlich, weil diese auf diese Weise nicht entdeckt würden und meist schon geflohen seien⁸⁴.

⁷⁵ Ebd., S. 32 f., 33 f.; im Original (Anm. 1), S. 22.

⁷⁶ *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), S. 33.

⁷⁷ Ebd., S. 34 f. Vgl. auch S. 29 (Kap. X. Suggestivbefragungen. Aussagen): „... der Schmerz wird dem Starken ein hartnäckiges Schweigen suggerieren, weil er so die größere Strafe gegen die kleinere eintauscht, dem Schwachen aber wird sie das Geständnis suggerieren, weil er sich damit von dem gegenwärtigen Schmerz befreit, der für den Augenblick wirksamer ist als der zukünftige Schmerz.“

⁷⁸ Ebd., S. 33.

⁷⁹ Ebd., S. 33.

⁸⁰ Ebd., S. 35.

⁸¹ Ebd., S. 36 ff.; allgemein zur Ehrlosigkeit ebd., S. 59.

⁸² Ebd., S. 38.

⁸³ Ebd., S. 36.

⁸⁴ Ebd., S. 36.

Zusammenfassend: Die Folter provoziere unwahre Aussagen und privilegiere die Starken und Schuldigen gegenüber den Schwachen und Unschuldigen (Argumente 3, 4, 6), sie führe zur Verfolgung Unschuldiger wegen eventuell erfundener Taten (Argument 9). *Beccaria* erkennt zwar zugleich die Ungerechtigkeit der Folter mit Blick auf Unschuldsvermutung⁸⁵, Selbstbelastungsverbot und Willensfreiheit an (Argumente 1, 2, 5), er sieht sogar ihren entwürdigenden und entehrenden Charakter (Argumente 7, 8), doch ergibt sich – abgesehen von offensichtlichen Widersprüchen⁸⁶ – aus dem Zusammenhang seiner Argumentation mit seiner oben dargestellten utilitaristischen und zweckorientierten Strafrechtskonzeption, dass er die Folter *nicht an sich für böse* hält – die von ihm vorgeschlagenen Freiheitsstrafen sind in der Tat mindestens genau so grausam⁸⁷ –, sondern nur für unnützlich und damit schädlich für ein effizientes Strafrecht⁸⁸. Alles in allem lehnt *Beccaria* die Folter damit vorrangig aus utilitaristischen und nur sekundär aus humanitären Gründen ab⁸⁹.

Bemerkenswert ist überdies, dass *Beccaria* den Zusammenhang zwischen Folter und mittelalterlichem Strengbeweis, insbesondere Geständniszwang⁹⁰, nicht gesehen zu haben scheint⁹¹, obwohl er an anderer Stelle⁹² in bewusster Distanzierung von der mittelalterlichen Beweismittelarithmetik zwischen „vollständigen und unvollständigen Beweisen“ unterscheidet und eine „moralische Gewißheit“ („morale certezza“)⁹³ auf der Grundlage eines Wahrscheinlichkeitsurteils für eine Verurteilung für ausreichend hält.

Es bleibt also dabei: *Beccarias* Humanismus, wenn man ihn den in seinem Werk zu entdecken glaubt, wird den Notwendigkeiten eines gesellschaftsschützenden Strafrechts untergeordnet.

⁸⁵ *Cattaneo* (Anm. 8), S. 60 sieht in der „Verteidigung der durch die Einrichtung der Folter bedrohten Unschuld“ das zentrale Argument der „juristischen Aufklärung“. *H. Schüler-Springorum*, KritV 1991, 123 (in englisch in: *Centro Nazionale* [Anm. 4], S. 121 ff.), 132 sieht im Zusammenhang mit dem inquisitorischen Strafverfahren der Zeit *Beccarias* den „realen Fortschritt“ des Werks in „einer durchgängigen Betonung des Rechts des Beschuldigten, sich selbst zu entlasten ...“

⁸⁶ So lehnt er z. B. das Selbstbelastungsverbot an anderer Stelle ab; vgl. Anm. 32.

⁸⁷ Vgl. schon Anm. 32.

⁸⁸ Ebenso *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 48. *Voltaire*, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, par un avocat de province, 9. Aufl. 1767, abrufbar unter <http://books.google.de>, S. 63 scheint das anders zu sehen, wenn er *Beccaria* bezüglich seiner Ausführungen zur Folter als „Liebhaber der Menschheit“ („amateur de l’humanité“) bezeichnet.

⁸⁹ Ebenso *Naucke*, in: *Deimling* (Anm. 7), S. 48. Anders z. B. *Voltaire* (Anm. 88), S. 60, für den die Ablehnung der Folter vorrangig eine Herzensangelegenheit ist: „... tous cependant, para une pitié que Dieu a mise dans nos cœurs, s’élèvent contre les tortures qu’on fait souffrir aux accusés don on veut arracher l’aveu.“

⁹⁰ Dazu *Ambos*, Jura 2008, 589 f.

⁹¹ Krit. insoweit auch *Jerouschek*, ZStW 110 (1998), S. 670 f.

⁹² *Beccaria*, Von den Verbrechen (Anm. 1), Kap. VII. Indizien und Verfahrensformen, S. 20 ff. (im Original [Anm. 1], Kap. XIV. Indizi, e forme di giudizi).

⁹³ *Dei delitti* (Anm. 1), S. 19. Die Übersetzung von „certezza“ mit „Gewißheit“ (so z. B. auch die Übersetzungen von *Esselborn* [Anm. 1], S. 79 und *Hommel* [Anm. 3], S. 73) ist „Beweissicherheit“ (*Vormbaum* [Anm. 1], S. 21) vorzuziehen.

IV. Zur heutigen Bedeutung von *Beccarias* Argumentation

Wenn man nun *Beccarias* Argumente gegen die Folter aus heutiger Sicht Revue passieren lässt, so sind sie einerseits in ihrer primär utilitaristischen Ausrichtung überholt und andererseits zu sehr auf die grausame (repressive) Überführungsfolter des inquisitorischen Strafverfahrens fixiert, um Antworten auf die diffizileren Herausforderungen des Folterverbots in unserer Zeit liefern zu können. Heute wird das Folterverbot nicht länger zweckgebunden verstanden, sondern es ist *Ausfluss des unverbrüchlichen Schutzes der Menschenwürde*⁹⁴ und als solches in internationalen und regionalen Menschenrechtsverträgen sowie im humanitären Völkerrecht verankert⁹⁵. Das Folterverbot gilt absolut (also auch im Ausnahmezustand)⁹⁶ und ist zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*)⁹⁷. Seine Verletzung kann als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen geahndet werden⁹⁸. Die Effizienzargumentation gegen die Folter ist damit zwar nicht abgeschafft – insoweit ist *Beccarias* Argumentation nicht vollkommen überholt –, sie tritt aber hinter der Menschenwürdeargumentation zurück.

Beccaria musste sich allerdings nicht mit den daraus erwachsenden Definitionsproblemen herumschlagen, nicht nur wegen der damals noch fehlenden

⁹⁴ Vgl. Supreme Court of Israel, *Public Committee Against Torture et al. vs. State of Israel et al.*, Urteil vom 6. September 1999 (abgedruckt in: S. Levinson [Hrsg.], *Torture: A Collection*, 2004, S. 165 ff.), para. 22; M. Delmas-Marty, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 5 (2007) S. 584, 592 (Folterverbot als Ausdruck des universellen Werts der Menschenwürde); Hassemer, *Süddeutsche Zeitung* vom 27. 2. 2005, auch abgedruckt in *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, 2007, S. 17 („Folter ist, wenn ich dem Menschen mit Gewalt seine Autonomie nehme, ihn zu einem bloßen Körper mache.“); A. Eser, *Festschrift für Hassemer*, 2010, S. 715 („zum entpersönlichten Objekt äußerer Fremddreie erniedrigt“).

⁹⁵ Siehe vor allem Art. 7 Int. Pakt für bürgerliche und politische Rechte, Art. 2 UN-Folterkonvention, Art. 3 EMRK, Art. 5(2) AMRK; bezüglich des humanitären Völkerrechts siehe den gemeinsamen Art. 3 (1) der Vier Genfer Konventionen (GK) von 1949 sowie Art. 17(4) Dritte Genfer Konvention (GK III), Art. 32 GK IV, Art. 75(2)(ii) Zusatzprotokoll I und Art. 4(2)(a) Zusatzprotokoll II GK. Ausführlich zum Folterverbot im europäischen und Völkerrecht M. Möhlenbeck, *Das absolute Folterverbot etc.*, 2008, S. 39 ff., S. 56; siehe auch für die internationalen Folterverbote J.P. Polzin, *Strafrechtliche Rechtfertigung der ‚Rettungsfolter‘? etc.*, 2008, S. 59 ff.; J. Kümmel, *Eine rechtliche Betrachtung der Folter als Mittel der Gefahrenabwehr unter besonderer Berücksichtigung des Nötigungstatbestandes*, 2008, S. 50 ff.; A.K. Weibert, *Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen*, 2009, S. 55 ff., 65 f.

⁹⁶ “[N]o exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat or war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture.” (Article 2 UN-Folterkonvention). Dies wird bestätigt durch Entscheidungen des Committee against Torture, z.B. die Entscheidung über Belgien vom 27. Mai 2003, CAT/C/CR/30/6. In dieser Entscheidung empfahl das Committee Belgien eine Klausel im Strafgesetzbuch einzuführen, die den Notstand als Rechtfertigungsgrund in Folterfällen ausdrücklich ausschließt.

⁹⁷ Vgl. grundlegend *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY), *Prosecutor v. Furundija* (IT-95-17/1-T), 10 December 1998, §§ 153–157. Siehe auch E. Benvenisti, *European Journal of International Law* (EJIL) 8 (1997), S. 596, 603 mit Fn. 42); P. Gaeta, *JICJ* 2 (2004) S. 785, 787.

⁹⁸ Vgl. Art. 7 (1) (f) und Art. 8(2) (a) (ii), (c)(ii) IStGH-Statut.

normativen Absicherung des Folterverbots, sondern vor allem weil die von ihm ins Visier genommen Folterpraxis an Grausamkeit kaum zu überbieten war und insoweit ohne weiteres einem an der Menschenwürde orientierten Folterbegriff – im Sinne der qualifizierten Objektformel des Bundesverfassungsgerichts⁹⁹ – subsumiert werden konnte. Heute aber entstehen mitunter schwierige, schon in den einschlägigen völkerrechtlichen Definitionen¹⁰⁰ angelegte Abgrenzungsprobleme etwa mit Blick auf nötigende Vernehmungsmethoden (vgl. nur § 136a StPO)¹⁰¹, die eben nicht ohne weiteres als Folter qualifiziert werden können. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte differenziert nach den verschiedenen *degrees of injury*, also dem Verletzungsgrad, zwischen *torture*, *mis-treatment* und *ordinary treatment*¹⁰². In der grundlegenden Entscheidung des israelischen *Supreme Court* von 1989 zu „robusten“ Vernehmungsmethoden im Rahmen von ticking-bomb Fällen¹⁰³ wurden ziemlich alle vorstellbaren Vernehmungstechniken detailliert untersucht und bewertet¹⁰⁴. So befasst sich das Gericht beispielsweise mit dem *handcuffing*. Der Tatverdächtige wird für die Dauer der Vernehmung mit Handschellen an Armen und Beinen gefesselt. Bei einer anderen Befragungstechnik wird dem Verdächtigen ein Sack über den

⁹⁹ 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. . . . Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden. Hinzukommen muss, dass er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder das in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt.“ Im Fall Daschner hat das BVerfG (NJW 2005, 656) mit Blick auf (die Androhung von) Folter festgestellt, dass damit „die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruch“ gemacht und „grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen“ zerstört werden.

¹⁰⁰ Siehe Anm. 95 und *Ambos*, JICJ 6 (2008), S. 261, 265 f.

¹⁰¹ Die in § 136a Abs. 1 aufgeführten Vernehmungsmethoden (Misshandlung, Ermüdung, Quälerei etc., sog. „Verhör dritten Grades“) sind nicht abschließend; *Diemer*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 136a Rdn. 9; entscheidend ist, ob diese oder andere „Vernehmungstechniken“ die Willensfreiheit beeinträchtigen. Zur Folter in diesem Zusammenhang siehe BVerfG (Anm. 99).

¹⁰² Siehe EGMR, *Ireland v. UK*, Urteil vom 18. 1. 1978 (application n° 5310/71), § 167: „Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.“ Siehe auch *Benvenuti*, EJIL 8 (1997), S. 604 f.; *Y. Shany*, *Catholic University Law Review* 56 (2007) S. 101, 118 f.

¹⁰³ In diesen Fällen haben die Ermittler einen Tatverdächtigen festgenommen, von dem sie glauben, er gehöre zu einer terroristischen Organisation und habe Informationen über bestimmte Anschläge, wisse beispielsweise, dass eine bestimmte Bombe zu einem bestimmten Zeitpunkt explodiere. Nur unter Anwendung von Zwangsmaßnahmen können sie die Informationen erhalten und so das Leben Unschuldiger retten. Das ist ein klassisches Beispiel heutiger Terrorismusbekämpfung und spiegelt häufig die Realität in Israel – und nicht nur dort! – wieder. Für Beispiele siehe *Y. Ginbar*, *Why Not Torture Terrorists? Moral, practical, and legal aspects of the ‚ticking bomb‘ justification for torture*, 2008, S. 357 ff.

¹⁰⁴ *Supreme Court of Israel* (Anm. 94).

Kopf gestülpt, so dass er den Vernehmenden nicht sehen kann. Alle diese Maßnahmen, schwerer oder leichter Art, werden untersucht und differenziert betrachtet. Der *Supreme Court* gelangt z. B. zu dem Ergebnis, dass das *handcuffing* als isolierte Maßnahme keine Folter ist¹⁰⁵. Vielmehr würden die Rechte des Vernehmungsbeamten geschützt, indem Übergriffen durch den Tatverdächtigen vorgebeugt würden. Allerdings könne die kombinierte Anwendung mehrerer an sich zulässiger Maßnahmen, ihr *combined effect*, Folter darstellen¹⁰⁶. In der Literatur wird die Relevanz dieser Definitionsbemühungen teilweise bestritten. Zu überzeugen vermag dies jedoch nicht. Denn wenn Folter absolut verboten sein soll, einfache Misshandlung aber keine Folter ist und damit vom Verbot nicht erfasst ist, dann muss Folter von der einfachen Misshandlung abgegrenzt werden¹⁰⁷. Diese Abgrenzung kann nicht abstrakt, sondern nur fallbezogen erfolgen¹⁰⁸.

Wenn man nun bei bestimmten „robusten“ Vernehmungsmethoden davon ausgeht, dass die Folterschwelle überschritten ist, so stellt sich die weitere Frage, ob diese Methoden auch in Extremsituationen, wie etwa den gerade genannten ticking-bomb Fällen¹⁰⁹ oder dem Entführungsfall *Gäffen/von Metzler*¹¹⁰, verboten sein sollen, in Situationen also, in denen Folter – als sog. (präventive) *Rettungsfolter* – zur Erlangung lebensrettender Informationen eingesetzt wird.

¹⁰⁵ Ebd., para. 26.

¹⁰⁶ Ireland v. UK (Anm. 102); Supreme Court of Israel (Anm. 94), para. 30: „Their combination, in and of itself gives rise to particular pain and suffering.“

¹⁰⁷ Zutreffend auch *Eser*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 716 f., 719.

¹⁰⁸ In Bezug auf das erforderliche „minimum level of severity“ sagt der EGMR Folgendes: „[it] is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc“; Ireland v. UK (Anm. 102), para. 162. Zur Ansicht des UN-Human Rights Committee (Menschenrechtsausschuss) siehe *Benvenuti*, EJIL 8 (1997), S. 606. Nach *R. Merkel*, Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 375, 398 ff., hängt das Folterkonzept (auch) von den betroffenen Rechten ab.

¹⁰⁹ Siehe Anm. 103.

¹¹⁰ Der Jurastudent *Markus Gäffen* entführte *Jakob von Metzler*, den 11-jährigen Sohn eines Bankiers aus Frankfurt, um Lösegeld zu erpressen. Bei der Geldübergabe wurde er festgenommen und anschließend verhört, weigerte sich jedoch, den Aufenthaltsort des Jungen preiszugeben. Nach einem Tag erfolgloser Befragung befahl Polizeivizepräsident *Daschner* einem Untergebenen, *Gäffen* mit der Zufügung von Schmerzen zu drohen, wenn er nicht endlich sagen würde, wo er den Jungen versteckt hielt (LG Frankfurt, Urteil vom 20. Dezember 2004, abgedruckt in NJW 2005, S. 692–696, 692 re. Sp.). *Daschner* sah hierin die einzige Möglichkeit, das Leben von Jakob zu retten. Die Drohung zeigte Wirkung. *Gäffen* kooperierte, die Polizei konnte allerdings nur noch die Leiche des Jungen bergen. Der Fall hatte mehrere Strafverfahren zu Folge. *Daschner* und sein Untergebener wurden unter anderem wegen Nötigung, *Gäffen* wegen Mordes verurteilt (LG Frankfurt, Urteil vom 9. April 2003, abgedruckt in StV 2003, 325; bestätigt in der Revision, siehe BGH, Urteil vom 21. Mai 2004, 2 StR 35/04 und BVerfG, Urteil vom 14. Dezember 2004, 2 BvR 1249/04 = NJW 2005, 656). Der EGMR hat – im Rahmen der üblichen Gesamtbetrachtung (vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rdn. 34 f.) – das Verfahren nicht als insgesamt unfair beurteilt, insbesondere weil das erstinstanzliche LG Frankfurt (natürlich) die Verwertung des abgepressten Geständnisses und darauf beruhender Aussagen für unverwertbar (§ 136a StPO) hielt (*Gäffen v. Deutschland*, Urteil vom 30. 6. 2008 – No. 22978/05 = NStZ 2008, 699, para. 97 ff. m.w.N.).

Die Frage ist, wie schon anderen Orts dargelegt¹¹¹, zu Recht sehr kontrovers und kann nicht mit einem Generalverweis auf das absolute Folterverbot erledigt werden¹¹². Denn man kann schon mit Fug und Recht bezweifeln, ob ein Handeln mit Rettungswillen überhaupt als Folter qualifiziert werden kann, jedenfalls wenn man dafür eine verabscheuungswürdige Zweckrichtung verlangt¹¹³. Vor allem aber kann schwerlich von entpersönlichender Willkür i.S.d. qualifizierten Objektformel¹¹⁴ gegenüber dem Tatverdächtigen die Rede sein, wenn Folter zur Rettung eines oder mehrerer Menschen aus konkreter Lebensgefahr eingesetzt wird, es also gerade um die Verteidigung der Menschenwürde der Opfer des Folteropfers geht, und dieses doch dadurch gerade in seiner mitmenschlichen Verantwortlichkeit¹¹⁵ ernst genommen wird¹¹⁶. Selbst wenn man so weit nicht zu gehen bereit ist, weil man jedenfalls in der Folter immer eine Behandlung des Folteropfers als Sache, zumal zum Zwecke der Rettung eines Dritten, also instrumentalisiert, sieht¹¹⁷, dieses damit also doch „zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt“ wird¹¹⁸, so darf doch nicht außer Acht gelassen werden, dass auch die Würde des (anderen) Opfers auf dem Spiel steht und der Staat sich (auch) insoweit nicht gleichgültig verhalten kann¹¹⁹. Deshalb ist alles in allem eine *differenzierte Betrachtung* gefordert, die an der Absolutheit des Folterverbots mit Blick auf die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit festhält, aber hinsichtlich der individuellen Verantwortlichkeit des Folterers zwischen der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und seiner Schuld unterscheidet¹²⁰. Die darin zum Ausdruck kommende Dichotomie zwischen Staat und Individuum spiegelt sich in der Dichotomie von einerseits staatsorientierten Menschenrechten/humanitärem Völkerrecht und andererseits individualrechtlichem Völkerstrafrecht wieder. Während jene die Absolutheit des Folterverbots verteidigen, zeigt sich dieses flexibler, indem es Gründe zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit anerkennt¹²¹. In den uns beschäftigenden Extremfällen kommt zwar eine

¹¹¹ Vgl. *Ambos*, JICJ 6 (2008), S. 261 ff. m.w.N.; zuz. *ders.*, Festschrift für Fritz Loos, 2010.

¹¹² So aber *Delmas-Marty*, JICJ 5 (2007), S. 592, die einen Strafausschluss in Fällen der Rettungsfolter mit einem allgemeinen Verweis auf die Menschenrechte als Auslegungsmaßstab i. S.v. Art. 21 (3) IStGH-Statut ablehnen will.

¹¹³ Vgl. etwa *Eser*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 719.

¹¹⁴ Siehe Anm. 99.

¹¹⁵ Sofern man von „Verantwortlichkeit“ mit Blick auf Leben, körperliche Unversehrtheit und/oder Freiheit seines Opfers – entgegen (der Fiktion) der Unschuldsvermutung – *in concreto* wird ausgehen können. Also: Natürlich ist das Folteropfer grundsätzlich nur Tatverdächtiger und kann sich als solcher auf die Unschuldsvermutung berufen, aber das schließt doch nicht *per se* seine Verantwortlichkeit für Wohl und Wehe seines Opfers aus. Letztlich hängt das vom konkreten Fall ab.

¹¹⁶ Überzeugend *Eser*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 719 f.

¹¹⁷ Also im Sinne *Kants* (Anm. 11).

¹¹⁸ Eben im Sinne der qualifizierten Objektformel (Anm. 99).

¹¹⁹ Zu dieser „Würdekollision“ näher *Ambos*, JICJ 6 (2008), S. 277 m.w.N. in Fn. 99 f. Krit. aber jüngst *F. Lamprecht*, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten?, 2009, S. 113 ff.

¹²⁰ Näher *Ambos*, JICJ 6 (2008), S. 272 ff.

¹²¹ Zu dieser Dichotomie siehe auch *Gaeta*, JICJ 2 (2004), S. 789 f.; siehe ähnlich *Shany*, *Catholic University Law Review* 56 (2007), S. 126 ff., der das strikte humanitäre Völkerrecht der „Re-

Rechtfertigung wegen ihrer objektiven, unrechtsaufhebenden Wirkung nicht in Betracht¹²², dem Vernehmungsbeamten kann die Anwendung der Folter aber jedenfalls dann nicht vorgeworfen werden, wenn er sich in einer moralischen Zwangslage befunden und sie erst nach gründlicher Prüfung als letztes Mittel zur Rettung unschuldiger Menschen eingesetzt hat. Dann sollte er – wie immer man dies auch dogmatisch begründet – entschuldigt werden. Im Hinblick auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Rettungsfolter – aber nur insoweit! – kann das Folterverbot also nicht absolut gelten¹²³.

lativität“ des Völkerstrafrechts gegenüberstellt. *Benvenuti*, EJIL 8 (1997), S. 609, sieht 'incoherence between the international and national spheres'.

¹²² Für eine Rechtfertigung aber grundsätzlich *Eser*, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 723 ff., weil „einem Retter in Not nicht zugemutet werden“ könne, „etwas Unrechtes zu tun.“

¹²³ Zur absoluten prozessualen Geltung mit der Folge eines Verwertungsverbots bzw. einer exclusionary rule siehe *Ambos*, StV 2009, 151 ff.; grds. *ders.*, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 99 ff.