



Seite 1 von 1

Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main  
 Fachbereich Rechtswissenschaften  
 Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie  
 Staatsanwalt Priv.-Doz. Dr. Matthias Jahn  
 E-Mail: Matthias.Jahn@jur.uni-frankfurt.de  
 Web: www.uni-frankfurt.de/fb01/jahn

»Polizeiliche Gewalt im Rechtsstaat. Kann Folter durch  
 übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt sein?«

*Evangelische Akademie Arnoldshain,*  
 6. Dezember 2003

### **Gute Folter - schlechte Folter?**

## **Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff »Folter« im Spannungsfeld von Prävention und Repression**

- I. **Die Ausgangslage der Diskussion um eine begrenzte Zulassung der Folter**
  1. Zwei Bilder vom Recht
  2. Die Enttabuisierung des moralisch Udenkbaren
  
- II. **Das rechtstheoretische Paradigma: Die *tragic choice*-Situation und der rechtfertigende (Staats-) Notstand**
  1. Das *ticking time bomb*-Szenario
  2. Das Konzept des kleineren Bösen
  
- III. **Eine Bestandsaufnahme: Der umfassende Schutz vor Folter im Völker-, Völkerstraf- und Europarecht**
  1. Völker- und Europarecht
  2. Völkerstrafrecht
  3. Zur *ius cogens*-Qualität des Folterverbots
  4. Die völkerrechtliche Unzulässigkeit der Aufweichung des Folterverbots in Not- und Gefahrenlagen
  5. Folterbegriff und Prozeduralisierung - rechtsstaatskompatible Rekonstruktion der Folter?
  
- IV. **Folgerungen für das innerstaatliche Recht**
  1. Normativ determinierte Doppelfunktionalität polizeilichen Handelns im »Sicherheitsrecht«
  2. Zur Geltung des Misshandlungsverbots im präventiv-polizeilichen Bereich
  3. Schranken des Folterverbots im (Staats-) Notstand?
    - (a) Das spezielle Misshandlungsverbot in Art. 104 I 2 GG
    - (b) Der absolute Schutz vor Folter durch den Menschenwürdegrundsatz

## Gute Folter - schlechte Folter?

### **Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff »Folter« im Spannungsfeld von Prävention und Repression**

Wer sich ein Bild vom Zustand einer Rechtsordnung verschaffen will, kann die dafür notwendigen Informationen auf verschiedenen Wegen gewinnen. Er kann Passanten nach ihrer Meinung zu einem aktuellen Rechtsproblem befragen, sich in Schwurgerichtssälen über die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards vergewissern oder - dies dürfte, aus gegebenem Anlass, im Zusammenhang unseres Themas ganz besonders nahe liegen - in den Vernehmungsräumen von Polizeipräsidiien Nachforschungen anstellen, wie es dort um den Umgang mit grundlegenden Beschuldigtenrechten bestellt ist.

Ein anderer Zugang, der sich auf den ersten Blick nicht unbedingt aufdrängen mag, kann der Blick in den Gesetzeskommentar sein. Zumindest für den Juristen gehört diese Form empirischer Sozialforschung zur alltäglichen Routine, hat er doch rein quantitativ in aller Regel mehr mit dem *law in books* als dem *law in action* zu tun. Dann liegt es aber besonders nahe, wenn man nicht nur die Kommentierung der rechtlichen Grundverfassung des Forschungsgegenstandes, sondern dort sogleich die Erläuterungen zum ersten Artikel des Rechtstextes in der Erwartung befragt, dass jene Vorschrift für alles Nachfolgende eine herausragende Bedeutung hat. Ausgerechnet die Kommentierung dieser Bestimmung im wiederum führenden Kommentar zum Grundgesetz hat nun im Jahr 2003 eine völlige Umgestaltung erfahren. Es dürfte selten genug

vorkommen, dass ein solches Ereignis über die üblichen Rezensionen in der Fachpresse hinaus notiert wird. Die Neubearbeitung des Menschenwürdeartikels im *Maunz/Dürigschen* Kommentar hat jedoch ihrerseits einen Kommentator in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* zu einer Überschrift provoziert, die den Obersatz für gewisse Tendenzen im Umgang so unterschiedlichen Gegenwartsproblemen wie der Beschuldigtenrechte und der Bioethik darstellt: „*Die Würde des Menschen war unantastbar*“.

Diese Momentaufnahme des Verfassungsrechts soll noch durch ein zweites Bild aus dem Strafrecht ergänzt werden. In demselben Verlag wie das eben erwähnte Erläuterungswerk erscheint beinahe zeitgleich auch ein neue Kommentierung der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe durch *Volker Erb*, übrigens ein ehemaliger Staatsanwalt. Im *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* findet sich im Zusammenhang unseres Gegenstandes die Auffassung, dass die Misshandlung eines Geiselnegers als Not(stands-)hilfe der Rechtfertigung zugänglich sein kann. Dies gelte auch, wenn ein Polizist handele, der ja letztlich auch nur ein Staatsbürger in Uniform sei. Die Erwägung, ein solches Verhalten könne als Verletzung der Menschenwürde auch im Verhältnis von Bürgern untereinander um keinen Preis toleriert werden, vermöge demgegenüber nicht zu überzeugen.

Es ist bislang nicht bekannt geworden, dass Tageszeitungen auf diese Ausführungen ebenfalls aufmerksam geworden wären. Ebenso wenig ist bislang mit besonderer Aufmerksamkeit registriert worden, dass die gegenüber dieser

Position deutlich weitergehende Auffassung von *Brugger*, der wiederholt für eine begrenzte Zulassung staatlicher Folter in Ausnahmesituationen eingetreten ist, in dem v. *Mangoldt'schen* Grundgesetzkommentar zustimmend zur Kenntnis genommen worden ist. Auch daran lässt sich eine gewisse Änderung des Diskussionsklimas - eine **Enttabuisierung des moralisch Udenkbaren** - ablesen, herrschte doch bislang beredtes Schweigen als Reaktion auf die Thesen *Bruggers* vor.

Am Ende des 20. Jahrhunderts war Folter, obschon in zahlreichen Ländern praktiziert, zum Tabu geworden. In aller Regel bestritten die Verantwortlichen, an solchen Praktiken beteiligt zu sein. Die euphemistische Terminologie – man sprach von ‚bestimmten Methoden‘ und ‚maßvollem physischen Druck‘ – war Teil dieser Strategie und diente zugleich dazu, die Praxis aufrecht zu erhalten. Dieser Umgang mit einem Tabu hat sich jedenfalls hierzulande grundlegend verändert. Während *Brugger* noch vor kurzem ausdrücklich eingeräumt hatte, dass in den letzten fünfzig Jahren kein bundesdeutscher Rechtslehrer die Anwendung der Folter in Ausnahmesituationen verteidigt habe, trifft dieser Satz seit dem Bekanntwerden der Vorgänge im Entführungsfall v. *Metzler* nicht mehr zu. Es lässt sich daher heute sagen, dass der Tabubruch, der ursprünglich bereits in der wissenschaftlichen Diskussion eines Falles aus dem Bestand der Lehrbuchkriminalität gesehen wurde und im Falle des früheren niedersächsischen Ministerpräsidenten *Ernst Albrecht* noch Mitte der siebziger Jahre ein Skandalon war, durch die Frankfurter Vorgänge zu einem in der

bundesdeutschen Rechtsgeschichte beispiellosen Tabubruch in der Lebenswirklichkeit wurde.

Es sei am Rande angemerkt, dass sich die Rechtspolitik davon nicht abhalten ließ, den Fall ausführlich zu kommentieren und sogar zum Ausgangspunkt für Überlegungen einer künftigen Praxis zu machen. Unter den Teilnehmern dieser Folterdebatte findet sich ein amtierender Ministerpräsident, ein amtierender Innenminister und der nicht mehr amtierende Vorsitzende der größten Standesorganisation der Richter und Staatsanwälte, letzterer allerdings mit inhaltlich diametral entgegengesetzten Wortmeldungen innerhalb weniger Tage.

Für die **Rechtstheorie** gehört das Problem der Wahl zwischen zwei Übeln in den Zusammenhang der Berücksichtigung von Folgen bei der Bestimmung der Grenzen subjektiver Rechte. Bereits vor einem Jahrzehnt hat *Niklas Luhmann* die rechtstheoretischen Dimensionen utilitaristischen Denkens genauer ausgelotet. „Nach gutem Juristenbrauch“ stellt er zu diesem Zweck - wie er nicht ohne Sarkasmus anmerkt - einen Fall an den Anfang seiner Überlegungen, der mit Rücksicht auf spätere Ereignisse hier nur leicht abgewandelt dargestellt werden soll. Ich nenne dies das ***ticking time bomb*-Szenario**:

*Eine fanatische Sekte hat bakteriologische Kampfstoffe in ihren Besitz gebracht. Sie droht, den tödlich wirkenden Stoff in U-Bahnhöfen verschiedener deutscher Großstädte zum Einsatz zu bringen, wenn ihre Forderungen nicht erfüllt werden. Eines der Sektenmitglieder, das sich in*

*polizeilichem Gewahrsam befindet, soll unter Anwendung maßvoller, fachärztlich beaufsichtigter Folter zum Aufenthaltsort der Erpresser vernommen werden. Die Gefahr für eine unbestimmte Vielzahl von Opfern könnte dadurch abgewendet werden.*

Innerhalb der Frage, welche Gesichtspunkte die nun anstehende Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen leiten sollen, wird in erster Linie die Bedeutung des Gefahrenmoments herausgestellt. *Lenckner/Perron* sind - entgegen der bereits eingangs erwähnten Kommentierung des § 34 StGB - der Ansicht, dass die Folterung eines gefangenen Terroristen, um den Aufenthaltsort der Geisel in Erfahrung zu bringen, sicher unzulässig sei. Ob dies allerdings auch noch bei einer atomaren Erpressung gelte, so heißt es wörtlich, „ist eine Frage, die man besser wohl nicht stellen sollte, weil hier auch ein Rechtsstaat an seine Grenzen stößt“. Sodann werden Differenzierungen nach dem Grad der Beteiligung an der Entstehung der Gefahr auf Täter- und Opferseite befürwortet. Die Extreme markieren hier die Begriffe Verursacher und Unbeteiligter. Diese nüchternen Bezeichnungen werden im Rahmen der inhaltlichen Argumentation aber häufig normativ aufgeladen. Oft findet sich dann das Begriffspaar skrupelloser Verbrecher und unschuldiges Opfer.

Selbst auf Opferseite werden mittlerweile Differenzierungen erwogen, die noch vor kurzem kaum denkbar waren. Drastisch zeigt sich dies bei der Beantwortung der nach dem 11. September 2001 oft gestellten Frage, ob man ein entführtes Flugzeug vor der Ausführung eines Attentats im Rahmen eines *airpolicing*-Einsatzes abschießen dürfe. Auch

für das deutsche Recht wird bereits vor Inkrafttreten eines Luftsicherheitsgesetzes die Rechtfertigung einer solchen Entscheidung unter Anwendung des § 34 StGB erwogen. Das sei jedenfalls dann denkbar, wenn das entführte Flugzeug in ein Atomkraftwerk gelenkt werden solle. Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei das zentrale Argument: Für die Abwägung sei zu berücksichtigen, dass die durch den Abschuss vernichteten Menschenleben ohnehin verloren wären, wenn der Terrorakt wenige Minuten später realisiert würde. Die Chancenlosigkeit der Getöteten begründe den rechtlichen Ansatzpunkt, für die Gruppe der zu rettenden Partei zu ergreifen. Der bislang unbestrittene Grundsatz des absoluten Lebensschutzes wird dadurch - mit derzeit noch kaum absehbaren Folgen - für praktische Konkordanz geschmeidig gemacht. Es ist hier nicht der Ort, den dabei unübersehbaren Einfluss utilitaristischen Denkens auf die Auslegung der Notstandsvorschrift in § 34 StGB zu kritisieren. Deutlich sollte freilich geworden sein, dass eine rein strafrechts- oder verfassungsrechtsdogmatische Betrachtung der rechtlichen Behandlung des Problems der Folter kaum Gewinn verspricht.

Versuchen wir daher, den Gegenstand genauer zu analysieren. Man hat in der jüngsten Debatte versucht, den Sachverhalt des *ticking time bomb*-Szenarios Begriffen wie »Rettungs-« oder »Gefahrenabwendungsfolter« zu subsumieren. Günter Hirsch, Präsident des *Bundesgerichtshofes*, schlägt als Bezeichnung »Präventivfolter« vor. Diese Terminologie wird hier nicht aufgegriffen. Die Berücksichtigung einer intentionalen Komponente greift vielmehr der Frage vor, ob der Begriff der

Folter angesichts völkerrechtlicher Vorgaben für eine Berücksichtigung des Handlungszieles überhaupt offen ist. Damit steht und fällt aber die Differenzierung zwischen Folter zu Zwecken der Gefahrenabwehr einerseits und der Strafverfolgung andererseits.

*Luhmann* meint nun, dass die Paradoxie solcher und vergleichbarer Konstellationen in der heutigen Welt an vielen Stellen zu beobachten sei. Neben der Folter in *ticking time bomb*-Fällen nennt er die Problematik humanitärer Interventionen zum Schutz von Menschenrechten oder die Grenzen rückwirkender Bestrafung unter Berufung auf überpositives Recht. Es dürfte schwer fallen, dieser Beobachtung zu widersprechen. Die Frage nach der gemeinsamen Grundstruktur dieser Sachverhalte führt zu einem besonderen Abwägungsproblem. Im Normalfall der Abwägung bei einem Zielkonflikt geht es um die schlichte Zuordnung der divergierenden Wertanrufe. Dabei wird versucht, die ihnen zugrundeliegenden Prinzipien zu einem praktisch konkordanten Ausgleich zu bringen. Das alles ist bekannt und insbesondere in der verfassungsrechtlichen Methodologie weitgehend kanonisiert. Unter anderem im *Folterfall* kommt allerdings eine Besonderheit zum Tragen. Wegen der strikten Formulierung des Prinzips scheint eine konkordante Zuordnung nicht möglich, ohne den Kernbereich anzutasten. Da *jede* Form der Folter in *jedlichem* Ausmaß und in *jeder* Entscheidungssituation untersagt ist, scheint eine Abwägung nicht möglich zu sein. Die strikte Beachtung des Prinzips führt aber tragischerweise dazu, dass der kollidierende Wertanruf unrettbar verloren ist. Es bleibt dann nur die Wahl zwischen dem Kleineren von zwei Übeln. Man kann das

als das **Konzept des kleineren Bösen** bezeichnen. Voraussetzung ist also, dass der kollidierende Wertanruf ebenfalls auf einem absolut formulierten Prinzip beruht. Im *Folterfall* stehen sich das absolute Folterverbot und der absolute Lebensschutz gegenüber. Die utilitaristische Theorie schlägt die Bezeichnung *tragic choice*-Konstellation vor. Dieser terminologischen Anregung wird hier gefolgt.

Damit ist die rechtstheoretische Basis für eine **Bestandsaufnahme** zu der Frage bereitet, ob und gegebenenfalls wie weit der Wertanruf des Folterverbotes in einer aktuellen Kollisionslage mit kollidierenden Wertanrufen wie der Würde oder dem Lebensrecht potentieller Opfer in seinem Schutz begrenzt werden darf.

Der Ausgangspunkt hierfür im geschriebenen **Völker- und Europarecht** könnte kaum eindeutiger sein: „Der Schutz vor Folter ist ein grundlegendes Menschenrecht, ihr Verbot ist in allen wichtigen Menschenrechtsabkommen enthalten“. Neben der vom *BVerwG* zum Beleg dieser Aussage zitierten Vorschrift des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention sind zumindest noch Art. 7 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und Art. 5 II 1 der Amerikanische Menschenrechtskonvention zu nennen. Der *EGMR* hat dabei wiederholt entschieden, dass das Folterverbot einen der Grundwerte der demokratischen Gesellschaft schützt. Diese Auslegung ist einleuchtend. Art. 3 EMRK ist die einzige Vorschrift, die nach dem Wortlaut der Konvention keinerlei Einschränkungen unterliegt. Es verwundert daher wenig, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Art. 4 EuCh das

Folterverbot des Art. 3 EMRK übernimmt. Das Folterverbot wird daher auch zu den Basissätzen der Beweismethodenverbote des im Entstehen begriffenen europäischen Strafprozessrechts gezählt.

Das deutsche **Völkerstrafgesetzbuch** pönalisiert daher seit dem Jahr 2002 in § 7 I Nr. 5 als Verbrechen gegen die Menschlichkeit:

»Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung, (...)

Nr. 5: einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befindet, foltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen sind (...)

Die fundamentale Bedeutung des Folterverbots auch für das Völkerstrafrecht dürfte durch diese noch sehr junge Entwicklung unterstrichen werden.

Zumindest seit der Kosovo-Intervention von 1999 scheint sich sogar eine Position durchzusetzen, die von der *ius cogens*-Qualität des Folterverbotes ausgeht. Die Folgen dieser Position, für die auch die jüngste völkerstrafrechtliche Entwicklung spricht, wären erheblich. Nach Art. 25 II lit. a des Entwurfs der *International Law Commission (ILC)* über die Staatsverantwortlichkeit für unrechtmäßige Handlungen kann sich kein Staat auf Notstand berufen, wenn die Verletzungshandlung gegen *ius cogens* verstößt. Zwar ist dieser Entwurf noch nicht in Kraft gesetzt. Die *ILC*-Regeln

werden aber schon derzeit als wichtige Hilfe zur Auslegung des geltenden Völkerrechts angesehen. Würde man also die Frage der *ius cogens*-Qualität des Verbots der Folter bejahen, wäre *jeder* Verstoß gegen das Folterverbot rechtswidrig. Jeder verantwortliche Staat - und damit auch die Bundesrepublik Deutschland - wäre kompensationspflichtig. Alle anderen Staaten wären darüber hinaus verpflichtet, die durch die Verletzung geschaffene Situation nicht als rechtmäßig anzuerkennen. Vor diesem völkerrechtlichen Hintergrund stehen innerstaatliche Bestrebungen, das Folterverbot jedenfalls im präventiv-polizeilichen Bereich aufzuweichen, unter besonderem Rechtfertigungsdruck.

Ungeachtet der Frage, ob das Folterverbot bereits zum *ius cogens* erstarkt ist, halten die bereits bestehenden Menschenrechtspakte das Folterverbot auch in Ausnahmesituationen ausnahmslos aufrecht. Die Staatsnotstandsklauseln in Art. 15 II EMRK und Art. 4 II IPBPR verbieten Folter selbst im Falle eines »öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht«. Da ein Staatsnotstandsvorbehalt für diesen Fall nicht anerkannt wird, kann es erst recht keinen Vorbehalt für sonstige *tragic choice*-Konstellationen geben. Nicht grundlegend anders stellt sich die Rechtslage auch außerhalb des Anwendungsbereiches der EMRK und des IPBPR dar. Am Jahrestag der Menschenrechte, dem 10. Dezember 1984, wird dann mit Art. 2 II des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK) auch völkervertragsrechtlich festgeschrieben. Dort heißt es:

»Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.«

Die Bestandsaufnahme ergibt insgesamt, dass das Folterverbot geradezu einen Parade Fall für lückenlosen Menschenrechtsschutz darstellt. Dies schließt gerade auch Gefahrensituationen bis hin zur Staatsgefahr ein. Ein Kalkül, das auf die begrenzte Zulassung von »außergewöhnlichen Verhörmethoden« zielt, hat aufgrund dieser Bestandsaufnahme nur sehr eingeschränkte Optionen. Sie spiegeln gleichzeitig die beiden Haupttendenzen beim Umgang mit vorbehaltlos gewährten Grund- und Menschenrechten wieder. Zum einen sind Versuche denkbar, den Schutzbereich des Folterverbots möglichst restriktiv auszulegen. Zum anderen kann man versuchen, den Schutzbereich ungeschriebenen Begrenzungen zu unterwerfen. Beiden Ansätzen ist nun nachzugehen.

Nicht nur in der Diskussion des *Frankfurter Falles* ist reklamiert worden, man dürfe die bloße Androhung einer Foltermaßnahme nicht ihrem Vollzug gleichstellen. Andere Stimmen lehnen den Einsatz von massivem, körperlich wirkenden Zwang zwar ab. Unterhalb dieser Schwelle finden sich jedoch Stellungnahmen zugunsten der Gabe von Wahrheitsseren (Sodium-Pentothal) oder bestimmter Techniken sensorischer Deprivation. *Alan Dershowitz*, der Öffentlichkeit hierzulande bekannt geworden als liberaler Bürgerrechtsanwalt und Strafverteidiger, tritt für eine Festlegung der materiellen Voraussetzungen für Folterungen in prozessualen Spezialtatbeständen ein. Das gesamte

Verfahren müsse prozeduralisiert und juridifiziert werden. Erforderlich seien insbesondere richterliche Foltergenehmigungen.

Was ist, angesichts der aufgezeigten völkerrechtlichen Rahmenbedingungen, von solchen Ansätzen zu halten? Der Begriff der Folter wird völkervertragsrechtlich in Art. 1 I der Anti-Folter-Konvention definiert. Danach ist Folter die dem Staat zurechenbare, vorsätzliche Zufügung von starken körperlichen oder geistig-seelischen Schmerzen oder Leiden zum Zwecke der Erlangung einer Aussage oder eines Geständnisses von dieser Person oder einem Dritten. Den bereits erwähnten Vorschriften des deutschen VStGB liegt sogar ein noch weiterer Folterbegriff zugrunde. Er setzt lediglich voraus, dass einer im Gewahrsam oder unter der Kontrolle des Beschuldigten befindlichen Person bewußt große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Eine Verbindung mit irgendeinem Zweck oder eine Absicht im technischen Sinne ist nicht vorgesehen. Zukünftig soll offenbar der einfache Tatvorsatz ausreichen. Die auch hier wieder aufscheinende Tendenz zur Erweiterung des internationalen Menschenrechtsschutzes ist evident. Versuche, den Schutzbereich des Folterverbots bereits tatbestandlich einzuschränken, weisen daher eindeutig in die falsche Richtung. Das Motiv der Gefahrenabwehr darf also auf Grundlage des hier favorisierten Begriffsbildung von vornherein nicht berücksichtigt werden, um körperlichen Misshandlungen von festgehaltenen Personen den Makel der Folter zu nehmen. Eine inhaltliche Differenzierung zwischen »guter« Präventiv- und »schlechter« Repressivfolter ist daher mit den völkerrechtlichen Vorgaben für das innerstaatliche

Rechtsregime nicht in Einklang zu bringen. Diese Absolutheit des Folterverbotes hat es bisher verhindern können, dass Überlegungen zu einer sozusagen rechtsstaatskompatiblen Rekonstruktion der Folter wirkungsmächtig werden konnten. Auch die Zufügung von Schmerzen unter fachärztlicher Aufsicht oder unter Überwachung durch international beaufsichtigte Gerichte, wie dies bereits in düsterphantasievollen Szenarien bei *Luhmann* und *Brugger* erwogen wurde, ist Folter. Daraus ergeben sich nun zahlreiche

### Folgerungen für das innerstaatliche Recht

Art. 4 I der Anti-Folter-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten zudem zu wirksamen gesetzgeberischen Maßnahmen gegen die Folter. Materiell-strafrechtlich nähert sich in der Bundesrepublik Deutschland die Unrechtsstruktur der Aussageerpressung in § 343 StGB einem Spezialtatbestand zur Pönalisierung der Folter an. Hier scheint aber die Frage, ob zwischen Folter im präventiv- und repressiv-polizeilichen Bereich unterschieden werden darf, zum ersten Mal entscheidungsrelevant zu werden. Zu prüfen wäre speziell für die Konstellation des *Luhmann'schen Folterfalles*, ob der handelnde Polizist auf der subjektiven Tatseite in der Absicht handelt, den Täter zu rötigen, um **in dem Verfahren** etwas auszusagen. Man könnte sich immerhin auf den Standpunkt stellen, die zu erpressende Aussage diene in erster Linie der Gefahrenabwehr, nicht der Strafverfolgung. Dagegen sprechen jedoch sowohl abstrakt-generelle wie konkret-individuelle Gesichtspunkte.

Es setzt sich heute immer mehr die grundsätzliche Einsicht

durch, dass die überkommene Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Staatshandeln angesichts der Aktivität des modernen Gesetzgebers nicht mehr überzeugt. Dieser Gesetzgeber normiert etwa im Grenzbereich von Strafprozess- und Polizeirecht nicht mehr trennscharf an Hand einer gedachten Demarkationslinie über die Begriffe »Verdacht« und »Gefahr«. Er ist vielmehr auch im Strafrecht dazu übergegangen, neben oder sogar anstatt der Intervention die Prävention als Zielbestimmung seiner Aktivität zu stärken, wenn dies auch in den Gesetzesbegründungen nicht immer deutlich wird. Eingriffstatbestände und Aufgabennormen werden dabei immer weiter in den Vorfeldbereich verlagert, um Notsituation erst gar nicht entstehen zu lassen. Augenfälliger Ausdruck dieser Entwicklung ist u.a. die Überantwortung vorbeugender Verbrechensbekämpfung an das Polizeirecht. Die Vermischung von polizeirechtlichen, nachrichtendienstlichen und strafprozessualen Eingriffsermächtigungen wird so zum Kennzeichen eines vor allem am Ziel der bestmöglichen Risikovorsorge orientierten, amorphen »Sicherheits-« oder »Strafpolizeirechts«. Angesichts dieser Entwicklung entspricht die Hoffnung auf eine trennscharfe Abgrenzung beider Tätigkeitsbereiche schon im Ansatz nicht mehr dem aktuellen Stil der Gesetzgebung.

Angesichts dieser **normativ determinierten Doppelfunktionalität** des polizeilichen Handelns in *ticking time bomb*-Konstellationen ist diese Abgrenzung auch im Einzelfall lebensfremd: „Als gäbe es im Polizeipräsidium präventive und repressive Vernehmungsräume mit getrennt voneinander operierenden Präventiv- bzw. Repressivbeamten,

(...)“. Angemerkt wurde zudem, dass im Entführungsfall v. *Metzler* noch im Sinne einer Indizwirkung zu bewertet werden müsse, dass der Aktenvermerk des Polizeivizepräsidenten *Daschner* über die Folterandrohung in die Ermittlungsakte gegeben wurde und nicht allein in der polizeilichen Handakte verblieb.

Umgekehrt ist im Verfahren gegen den beschuldigten Bürger § 136 a I StPO eine strafprozessuale Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Misshandlungsverbots in Art. 104 I 2 GG. Die Vorschrift erklärt sich zudem aus dem Schutz der Menschenwürde festgehaltener Personen. Der Schmerzzufügung mit dem Ziel der Aussageerlangung steht im repressiv-polizeilichen Bereich daher einfachgesetzlich auch § 163 a StPO in Verbindung mit § 136 a StPO entgegen.

Je nach Fallgestaltung und Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche bei doppelfunktionellen Maßnahmen können neben dem Strafprozessrecht aber auch die Polizeigesetze der Länder und des Bundes einschlägig sein. Aus diesem Grunde kommt die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Handeln hier zum zweiten Mal zum Tragen. Insbesondere ernstzunehmende Bedrohungen durch terroristische Gruppen wie im *Luhmann'schen Folterfall* stellen unzweifelhaft eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Nichts anderes gilt für Entführungsfälle, weil die polizeiliche Generalklausel auch die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen zu schützen beabsichtigt.

Nach der wohl vorherrschenden Schwerpunkttheorie ist bei der Aufgabeneröffnung sowohl im Bereich der Strafverfolgung

als auch im Bereich der Gefahrenabwehr aus der Sicht eines verständigen Amtswalters nach dem objektiven Schwerpunkt der Maßnahme zu fragen. Dies wird freilich in den beiden im Mittelpunkt des Interesses stehenden Konstellationen nicht immer möglich sein. Hier liegt regelmäßig „eine Gemengelage vor, bei der die Aufgaben der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr zusammenfließen, sich überlappen und fast untrennbar miteinander verschränkt erscheinen“. Die meisten Polizeigesetze - insbesondere auch § 12 IV HSOG - verweisen für die Standardmaßnahme der Befragung entsprechend dem Musterentwurf einheitlicher Polizeigesetze aber ohnehin wiederum auf § 136 a StPO. Die in der Diskussion um den Folterfall *Daschner* unter anderem von dem Beschuldigten in einem Zeitungsinterview selbst vertretene Auffassung, Folter sei im Anwendungsbereich des § 12 I HSOG präventiv-polizeilich anders zu beurteilen als repressiv-polizeilich, es bestehe insbesondere im Bereich der Gefahrenabwehr eine Möglichkeit der Abwägung der Beschuldigtenrechte mit der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz, trifft daher nicht zu. Diese Rechtsmeinung ist also - unabhängig von dem Entgegenstehen völkerrechtlicher Normen - bereits mit dem geschriebenen Landespolizeirecht nicht zu vereinbaren.

Die abschließende Frage, ob es bei dem bisher gefundenen Ergebnis eines weit auszulegenden und unbeschränkten Folterverbots sowohl im präventiv- als auch im repressiv-polizeilichen Bereich verbleibt, muss verfassungsrechtlich anhand der Dogmatik zur Beschränkung vorbehaltlos gewährter Grundrechte untersucht werden. Diese Betrachtung ist auch für die Auslegung der strafrechtlichen Notrechte

belangreich. Insbesondere über die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB verschafft sich die Wertordnung des Grundgesetzes direkten Zugang in die strafrechtliche Unrechtslehre. Als wichtige Entscheidungsgesichtspunkte zur Feststellung der Angemessenheit einer Notstandshandlung werden daher mit Recht gerade der Grundsatz der Menschenwürde und das Rechtsstaatsprinzip genannt. Ich wende mich daher zunächst dem

### **speziellen Misshandlungsverbot in Art. 104 I 2 GG**

zu Art. 104 I 2 GG, der die Misshandlung festgehaltener Personen verbietet, hat keinen Gesetzesvorbehalt. Dass dennoch kein Grundrecht schrankenlos im Sinne von unbegrenzt gilt, ist unbestritten. Der Streit über die Frage, *wie* diese Schranken herzuweisen sind, kann hier nicht rekapituliert werden. Nach dem heute praktizierten Verfahren praktischer Konkordanz steht das absolute Misshandlungsverbot des Art. 104 I 2 GG im *Folterfall* vielmehr zunächst nur in einem latenten Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf Leben der von dem Terroranschlag oder einer Entführung Betroffenen. Die Kollisionslage im Bereich von Art. 104 I 2 GG weist jedoch, wie bereits gezeigt wurde, eine Besonderheit auf. Bei jedem Verstoß gegen die Gewährleistung des Misshandlungsverbotes würde ihr Schutz eigentlich vollständig aufgehoben. Dies liegt an der strikten Formulierung des Schutzbereiches. Nicht anders verhält es sich mit dem Recht potentieller Anschlagsoffer aus Art. 2 II 1 GG. Die logische Unteilbarkeit des Lebensrechtes ist aus der Diskussion um den finalen Rettungsschuss bereits bekannt: „Man kann nur Leben oder nicht leben, nicht aber

eingeschränkt leben“. Das Verfahren gegenseitigen Gebens und Nehmens von Grundrechtspositionen bei der Abwägung zwischen Kernbereich und Peripherie versagt hier. Dies hätte zur Folge, dass im Bereich von Art. 104 I 2 GG keine praktisch konkordante Zuordnung zu anderen Grundrechten möglich wäre. Das Folterverbot wäre auch verfassungsrechtlich absolut gewährleistet. Das wird angesichts der Entstehungsgeschichte von der ganz herrschenden Meinung auch ausdrücklich befürwortet.

Hingegen hat *Brugger* - unter anderem unter Hinweis auf die Rechtsprechung des *Israeli Supreme Court* - wiederholt eine teleologische Reduktion des Art. 104 I 2 GG im Staatsnotstandsfall gefordert. Dies wird über eine quantifizierende Betrachtung gerechtfertigt. Eine praktische Konkordanz werde erst denkbar, wenn man in Rechnung stelle, dass die von dem terroristischen Anschlag Betroffenen ihr Recht auf Leben endgültig verlören. Der Festgehaltene verliere hingegen sein Recht, während einer Freiheitsbeschränkung nicht misshandelt zu werden, nur für kurze Zeit. Durch seine Aussagebereitschaft habe er es zudem jederzeit selbst in der Hand, die Maßnahme zu beenden. Auch sei das von Art. 104 I 2 GG geschützte Subjekt im Normalfall ein hilfloser Gefangener. In der *ticking time bomb*-Situation sei der Erpresser aber nicht hilflos. Er halte durch seine Kenntnis der Lokalität der Bombe „faktisch die Fäden in der Hand“. Endlich wird im Umkehrschluss aus der positiv-rechtlichen Regelung des finalen Rettungsschusses in einigen Landespolizeigesetzen argumentiert. Dieser Eingriff sei schon zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Integrität

zulässig. Dann müsse es erst recht möglich sein, die weniger tief eingreifende Aussageerpressung durch Folter zu rechtfertigen. Deshalb enthalte das absolut formulierte Folterverbot eine Wertungslücke für extreme Ausnahmesituationen.

Doch bereits aus der Regelung über den polizeilichen Rettungsschuss kann für die Folter nichts geschlossen werden. Methodisch höchst problematisch ist bereits eine Argumentation, die Verfassungsrecht (Art. 104 I 2 GG) unter Hinweis auf eine Regelung des einfachen Rechts (§ 41 II 2 MEPolG) teleologisch reduzieren will. Dies gilt um so mehr, als mit Art. 102 GG auf Verfassungsebene eine widersprechende Wertentscheidung vorliegt. Polizeilicher Rettungsschuss und Foltermaßnahmen stehen jedenfalls nicht im Verhältnis eines Mehr und Weniger. Es sind gänzlich verschiedene Eingriffstypen. Dies gilt zunächst für das Ziel der Maßnahme. Während der Rettungsschuss den Störer dazu bringen soll, weitere Handlungen zu unterlassen, soll ihn die Foltermaßnahme gerade auf ein positives Tun konditionieren. Angriffsunfähigkeit und Tod sind begrifflich kein quantitatives Mehr und Weniger. Es handelt sich um zwei gänzlich verschiedene Zustände. Während der Rettungsschuss mit der Tötung des Störers einen endgültigen und irreversiblen Zustand intendiert, ist die Foltermaßnahme auf Zeit berechnet. Zu bedenken ist zudem, dass Art. 4 der Anti-Folter-Konvention ebenso wie Art. 3 I EMRK von den Unterzeichnerstaaten nicht nur ein *gesetzliches* Mindestniveau wirksamer Maßnahmen verlangen, um zu verhindern, dass die ihrer Jurisdiktion unterworfenen Einzelpersonen der Folter oder anderer unmenschlicher bzw. erniedrigender Behandlung unterworfen

werden. Dieser Schutz ist daneben auch im Prozess der *Auslegung* des innerstaatlichen Rechts zu gewährleisten. Eine teleologische Reduktion des Folterverbotes für den Bereich der Gefahrenabwehr steht dieser völkervertraglichen Verpflichtung diametral entgegen. Auch das Argument, Art. 104 I 2 GG gehe von einer hilflosen Person aus, ist angesichts des klaren Wortlauts der Verfassung unhaltbar. Der Verfassungsgeber verwendet bewusst den Begriff der »Person« ohne jegliche Einschränkungen. Auch im Normbereich des Art. 104 Absatz 3 GG käme niemand auf die Idee, das Merkmal »Jeder« für den Fall des vorläufig festgenommenen Rechtslehrers oder Bundesrichters teleologisch zu reduzieren.

**(c)** Damit muss letztlich nur noch dem rechtsvergleichenden Hinweis auf die Rechtsprechung des *Israeli Supreme Court* genauer nachgegangen werden. Zwar hatte das Gericht in der Entscheidung im Fall *Hamdan* in einem Eilverfahren die Argumentation des Inlandsgeheimdienstes GSS akzeptiert, nach der ein mutmaßliches Mitglied der Terrororganisation *Heiliger Jihad* physischer Gewalt während seiner Vernehmungen unterworfen werden dürfe, wenn die extreme und gegenwärtige Gefahr weiterer Attentate bestehe. Allerdings wolle man damit keine Maßnahmen erlauben, die nicht mit geltendem Recht übereinstimmten. Ebenso sibyllinisch wie diese Formulierung bleibt die ganze Entscheidung. Klarere Akzente setzt erst die Entscheidung vom 6. September 1999 in einem Sammelverfahren zu den Ermittlungsmethoden des GSS. Unter ausdrücklichem Hinweis auf den *Nordirlandfall* des *EGMR* wird dort der Schutz der Menschenwürde bei Vernehmungen betont. Eine Güterabwägung sei selbst in *ticking time bomb*-Situationen

nicht möglich. Zitat:

„These prohibitions are ‚absolute‘. There are no exceptions to them and there is no room for balancing. Indeed, violence directed at a suspect's body or spirit does not constitute a reasonable investigation practice“.

Im Ergebnis wird die Berufung des Staates auf den strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund als Ermächtigungsgrundlage (*source of authority*) ohne Zweideutigkeiten verworfen. Auch dies stimmt mit der Rechtsprechung des *EGMR* insoweit überein, als im Anwendungsbereich der Konvention die Anwendung strafrechtlicher Notrechte auf Amtsträger nicht etabliert ist. Der Grund dafür wird darin gesehen, dass die Einführung dieser deutschen Rechtsvorstellung die Auslegung der Konventionsrechte zu stark relativieren würde.

Daraus darf freilich nicht geschlossen werden, dass mit der GSS-Entscheidung alle Möglichkeiten einer vom Staat stillschweigend tolerierten Folterpraxis versperrt werden. Der *Supreme Court* weist dazu sogar den Weg. Dem einzelnen Mitarbeiter des Inlandsgeheimdienstes wird *obiter dictu* die individuelle Berufung auf die Regelung zum rechtfertigenden Notstand grundsätzlich gestattet, wenn er sich der Strafverfolgung ausgesetzt sieht. Der zu Recht erhobene Einwand gegen die in der Bundesrepublik heute wohl vorherrschende Theorie zur Anwendung der strafrechtlichen Notrechte auf Amtsträger, sie etabliere eine faktische Handlungsermächtigung, wird durch die vom *Supreme Court* geöffnete Hintertür für Folterungen Verdächtiger noch einmal

unterstrichen.

Ansätze einer teleologischen Reduktion des Verbotes der Folter zu Zwecken der Gefahrenabwehr haben sich also im Ganzen als nicht tragfähig erwiesen. Schon die erwähnte GSS-Entscheidung des *Israeli Supreme Court* hat aber angedeutet, dass selbst dann, wenn man speziellere Schutzvorschriften nicht anwendete, jedenfalls aufgrund der umfassenden Geltung des Prinzips der Menschenwürde jegliche Folterung von Beschuldigten oder Störern auch im Staatsnotstand ausgeschlossen ist. Nicht nur wegen der bereits dargestellten Verbindungen zur Auslegung der Angemessenheitsklausel in § 34 S. 2 StGB besteht also ein erhebliches Interesse, diese Begründung abschließend in der gebotenen Kürze zu untermauern.

**(aa)** In der Auslegung des *BVerfG* ist der Grundwert der Menschenwürde bekanntlich keine übergeordnete Kategorie, die abstrakt definiert werden kann. Art. 1 I 1 GG wird vielmehr als situationsbedingte und wertausfüllungsbedürftige Generalklausel verstanden. Ein relevanter Eingriff ist anzunehmen, wenn die Staatsgewalt den Menschen zur vertretbaren Größe degradiert und dadurch seine Subjektstellung negiert (Objektformel). Umstritten ist aber, ob dazu noch eine subjektive Zielrichtung des staatlichen Handelns treten muss. Mit Rücksicht auf die bereits dargestellte Problematik des subjektiven Folterbegriffes muss hier eine erste Weichenstellung für die Auslegung erfolgen. Teilweise wird ein intentionales Element gefordert, um eine zu großzügige Anwendung des Menschenwürdesatzes zu verhindern. Auf Basis dieser Ansicht ließe sich ein Menschenwürdeverstoß bei Folterungen in *ticking time bomb-*

Situationen verneinen. Basis der Argumentation könnte sein, dass der Beschuldigte gerade in seinem Aufbegehren gegen die staatliche Ordnung ganz besonders ernst genommen werde: Die Hoheitsgewalt greift sogar zum äußersten Mittel der Folter. Darin liege gerade die Anerkennung seines Subjektstatus', der sich in der namenlosen Bedrohung manifestiere. Ob man die bisherigen Formulierungen eines subjektiv geprägten Menschenwürdebegriffes tatsächlich für diese paradoxe Argumentation heranziehen dürfte, soll hier dahingestellt bleiben.

Weder ist für die Forderung nach einer subjektiven Komponente aus dem Wortlaut des Art. 1 I 1 GG etwas ersichtlich, noch ist eine solche intentionale Interpretation beim Eingriff in sonstige Freiheitsrechte geläufig. Der Verstoß gegen Art. 1 I 1 GG ist rein objektiv zu bestimmen. Die Folter wird daher ohne Rücksicht auf ihren Anlass zum sicheren Bestand einer Verletzung der Menschenwürdegarantie gezählt. Sie wird in einem Atemzug mit den schon im *Parlamentarischen Rat* erwähnten Fällen der Galeerensklaven und des Schandpfahls genannt. Mit der systematischen Brechung des Willens wird die festgehaltene Person ungeachtet des Anlasses der Vernehmung zum bloßen Objekt staatlicher Aufklärungsinteressen instrumentalisiert. Auch der »gefährliche Gewohnheitsverbrecher«, »rücksichtslose Terrorist« oder »psychopathische Massenmörder« wird daher durch Folter in seiner Menschenwürde verletzt.

**(bb)** Der Schutz der Menschenwürde besteht auch auf staatlicher Seite unabhängig vom Handlungskontext, in dem der Eingriff steht. Sie ist ein deontologisches Prinzip. Diese

Konsequenz ist nicht nur entwicklungsgeschichtlich gut begründbar. Sie ist auch positiver Verfassungsbestand. Die Menschenwürde ist »**unantastbar**«. Systematisch wird dies durch die herausgehobene Stellung von Art. 1 I 1 GG unterstrichen. Die Vorschrift bleibt damit auch für die verfassungsrechtliche Schrankensystematik tabu. Eine Einschränkung des Art. 1 I 1 GG durch konkurrierendes objektives Verfassungsrecht oder Einzelgrundrechte Dritter ist damit nicht statthaft. Diese Sichtweise entspricht sowohl der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als auch der herrschenden Auffassung im Schrifttum.

**(cc)** Eine theoretische Sichtweise der Grundrechte als wesensmäßig gemeinschaftsbezogener Rechtsgüter kann hingegen Eingriffe zur Verfolgung legitimer Zwecke gestatten. Für diese Sicht wird immer wieder - zuletzt vor allem in der Debatte um den Schutz des menschlichen Embryos vor pränatalen Eingriffen - auch in der Dogmatik ein Wertungswiderspruch angeführt. Das Recht auf Leben als Basis des Menschseins sei wegen Art. 2 II 3 GG beschränkbar. Damit müsse gleichzeitig ein Einschränkungsminimum auch für den Menschenwürdesatz verbunden sein. Es sei nicht erklärbar, wie ein Gesetzesvorbehalt die Basis der Menschenwürde im Recht auf Leben beschränken könne, die bloße Ausprägung aber unbeschränkbar sein solle (Koppelungsthese). Vor allem in *ticking time bomb*- und Entführungsfällen soll die Menschenwürde der Aussageperson eine Schranke durch die Menschenwürde der von dem Attentat bedrohten Dritten oder des Entführten erhalten. In der Abwägung Würde gegen Würde verstecken sich aber weitere normative Präsuppositionen. Insbesondere dürfe der Schutz des

Rechtsbrechers geringer ausfallen als der Schutz des unschuldigen, unbescholtenen und unbeteiligten Bürgers. Das von *Brugger* gezeichnete Bild des Terroristen, der den „rechtsstaatlichen Papiertiger“ in die Knie zu zwingen suche, den „qualvollen Tod von Hunderttausenden“ in Kauf nehme und nicht mit Samthandschuhen angefasst werden müsse, weil er selbst „die Menschenwürde mit Füßen trete“, spitzt den Grundgedanken nur zu.

**(dd)** Muss also die Würde der Würde tatsächlich weichen? Es fragt sich schon, wie die Würde potentieller Opfer durch staatliches Unterlassen verletzt werden kann. Dafür müsste eine unbedingte Handlungsverpflichtung bestehen. Schon diese ist abzulehnen. Es gehört vielmehr gerade zum Wesen des durch die Schutzpflicht konturierten Zielkonflikts, dass wegen der Betroffenheit der Menschenwürde von mindestens zwei Grundrechtsträgern *immer* auch Gründe *gegen* das Handeln des Staates sprechen.

Richtigerweise wird es aber selbst dann, wenn man eine Schutzpflicht auch für das Handeln der Exekutive annähme, oft nicht um die Kollisionslage Würde gegen Würde gehen. Auch in der *ticking time bomb*-Konstellation steht nur Würde gegen Lebensrecht. Die Explosion der Bombe könnte nach der hier vertretenen Ansicht ebensowenig die Würde der Opfer antasten wie bei einem Totschlag die Würde des Opfers durch die Handlung oder Unterlassung des Täters angetastet wird. Die darüber hinausgehende Koppelungsthese überzeugt nicht. Die Schutzbereiche des Art. 1 I 1 GG und des Art. 2 II 1 GG stehen vielmehr selbständig nebeneinander.

Menschenwürde kann auch ohne die Koppelung an biologisches Leben geschützt sein. Dies zeigt bereits der Fall des postmortalen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, dessen Kern durch Art. 1 I 1 GG strukturiert wird. Umgekehrt gibt es Leben, ohne dass ihm Menschenwürde zukommt. Dabei kann hier nicht die Bioethikdebatte aufgerollt werden. Genügen mag der Hinweis, dass jedenfalls der Ansatz, die apodiktische Formulierung im zweiten Abtreibungsurteil als Beleg für die Einschränkung der Menschenwürde heranzuziehen, nicht zu überzeugen vermag.

Deshalb ist angesichts der einschränkungslosen Formulierung gegenüber dem Gesetzesvorbehalt in Art. 2 II 3 GG bei der Kollision Würde gegen Leben stets ein Vorrang der Menschenwürde anzunehmen. Einer Abwägung unter Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitsaspekten bedarf es daher nicht. Zur Geeignetheit der Folter trotz der historischen Erfahrung aus dem reinen Inquisitionsprozess, zu ihrer Erforderlichkeit trotz der Routine professioneller Vernehmungstechniken und zu ihrer Angemessenheit eingedenk der unweigerlichen Erosion der Prinzipien der Unschuldsvermutung und *nemo tenetur* bei der polizeilichen Vernehmung - auch weit unterhalb der Schwelle der Staatsgefahr - wäre noch manches zu sagen.

Doch wenn ein Verbot absolut ist, braucht nicht über seine Relativierungen verhandelt zu werden.