

## Gute Folter – schlechte Folter?

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

Der zynische Satz, dass man über Folter nicht spricht, sondern sie praktiziert, hat seit den in der bundesdeutschen Rechtsgeschichte einmaligen Vorgängen um die Vernehmung des Entführers von *Jakob v. Metzler* keine Geltung mehr. Nicht nur in der öffentlichen, sondern auch in der fachwissenschaftlich geführten Debatte (dazu unter I.) wird reklamiert, dass zu Zwecken der Gefahrenabwehr durchgeführte Foltermaßnahmen einer Abwägung mit Rechtsgütern Dritter, insbesondere der Würde und dem Lebensrecht potentieller Opfer, zugänglich seien. Dies ist Anlass, nach einer Darstellung des Paradigmas der tragic choice-Situation (unter II.) die rechtlichen Rahmenbedingungen des Problems der von manchen sogenannten »Rettungsfolter« zu erörtern. Dem dient eine Bestandsaufnahme zu den Folterverbotsnormen im innerstaatlichen und völkerrechtlichen Bereich und die anschließende begriffliche Analyse mit dem Schwerpunkt auf der Frage, ob Foltermaßnahmen zur Gefahrenabwehr angesichts der zwingenden völkerrechtlichen Vorgaben anderen Maßstäben als im repressiv-polizeilichen Bereich unterliegen können (unter III.). Abschließend sollen die daraus resultierenden, straf- und verfassungsrechtlichen Konsequenzen für die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Folterverbotes in (Staats-)Notstandslagen aufgezeigt werden (unter IV.).

### I. Die Ausgangslage der Diskussion um eine begrenzte Zulassung der Folter

#### 1. Zwei Bilder vom Recht

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<sup>1</sup>, sich in Schwurige-

---

\* Ergänzt und mit Anmerkungen versehener Vortrag anlässlich der Tagung »Polizeiliche Gewalt im Rechtsstaat. Kann Folter durch übergesetzlichen Notstand gerechtfertigt sein?« an der *Evangelischen Akademie Arnoldshain* im Dezember 2003. Der Vortragstil wurde beibehalten.

1 Nach dem Fall *Daschner* wurde von Meinungsumfragen berichtet, in den einmal knapp weniger, einmal deutlich mehr als die Hälfte der Befragten die Anwendung körperlicher Gewalt zur Aufklärung schwerer Straftaten für gerechtfertigt hielten, vgl. statt vieler *Schnorr/Wissing* ZRP 2003, 142. Ähnliche Werte finden sich in Berichten, nach denen sich 45 % der amerikanischen Bevölkerung für die Folterung von gefangenen *Al Qaida*-Terroristen ausgesprochen haben sollen (vgl. *Kreye* SZ Nr. 257 v. 8. November 2001, S. 15). Beides wiederum erinnert an Umfrageergebnisse, die schon vor fast dreißig Jahren eine Zustimmung zum gezielten Todesschuss von 63 % (vgl. *R. Lange* JZ 1976, 546) und vor fast fünfzig Jahren von über 70 % zur Todesstrafe (vgl. *Dreher* ZStW 70 [1958], 543 [548]) in der deutschen Bevölkerung festgestellt haben wollen.

richtssälen über die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards vergewissern oder – dies dürfte, aus gegebenem Anlass, im Zusammenhang unseres Themas ganz besonders nahe liegen<sup>2</sup> – in den Vernehmungsräumen von Polizeipräsidien 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. Wie wir wissen, verhält es sich so mit Art. 1 I 1 GG. Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>3</sup> ist diese Vorschrift nicht nur der oberste Wert des Grundgesetzes, sondern stellt als tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung auch ihre wichtigste Wertentscheidung dar. 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/Dürig*'schen Kommentar<sup>4</sup> hat jedoch ihrerseits einen Kommentator in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* zu einer Überschrift provoziert, die den Obersatz für gewisse Tendenzen im Umgang mit so unterschiedlichen Gegenwartsproblemen wie der Beschuldigtenrechte und der Bioethik darstellt: »Die Würde des Menschen war unantastbar«<sup>5</sup>. Insofern steht der öffentliche Streit um die

2 Eine – von manchem Leser angesichts der Überschrift des Textes möglicherweise erwartete – Auseinandersetzung mit der rechtlichen Einordnung der Folterdrohung des Vizepräsidenten des Polizeipräsidiums Frankfurt in dem Mordfall v. *Metzler* wird im Nachfolgenden ausbleiben. Da der *Verfasser* seit November 2002 als Dezernent jener Behörde angehört, die das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten *Daschner* geführt hat, verbietet sich jede inhaltliche Stellungnahme zu dem konkreten Geschehen (vgl. bereits *Verf.* NJW 33/2003, S. XVI). Davon unberührt bleiben selbstverständlich unvermeidliche Bezugnahmen auf das zugrundeliegende Rechtsproblem, das, wie nachzuweisen sein wird, schon Jahrzehnte vor dem Bekanntwerden des *Frankfurter Falles* wissenschaftlich erörtert worden ist.

3 *BVerfGE* 87, 209 (228); *BVerfGE* 45, 187 (227); *BVerfGE* 6, 32 (36).

4 Die Kommentierung von *Herdegen* löste mit der 42. Lfg. (Stand: 02/2003) *Dürigs* Bearbeitung des Art. 1 I GG aus dem Jahr 1958 ab. In der Verlagsankündigung (<http://shop.beck.de/iis/produktview.html>) heißt es dazu sibyllinisch: »Erst viele Jahre nach seinem (*Dürigs* – d. *Verf.*) Tod haben es jüngere Autoren gewagt, die Kommentierung der Art. 1 und 2 aus der Sicht der gegenwärtigen staats- und naturwissenschaftlichen Problematik neu zu bearbeiten. Ein Vergleich zwischen der Bearbeitung *Dürigs* und seiner Nachfolger (Art. 1: *Herdegen*, Art. 2: *Di Fabio*) ist unter verschiedenen Gesichtspunkten interessant und hat in der Presse (FAZ v. 4.9.2003) großes Echo gefunden«.

5 *E.-W. Böckenförde* FAZ Nr. 204 v. 3. September 2003, S. 33. Im gleichen Sinn – mit ausdrücklichem Bezug auf den *Frankfurter Fall* – *Leicht* Die Zeit Nr. 38 v. 11. September 2003, S. 9.

Relativierung der Geltung des Folterverbotes im Zusammenhang einer Neuorientierung der Dogmatik dieser Verfassungsnorm als Seismograph für die Erschütterung der Rechtsordnung, die das Handeln in außergewöhnlichen Lagen verursachen kann.

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 eine neue Kommentierung der strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe. Im *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* findet sich im Zusammenhang unseres Gegenstandes die Auffassung, dass die Misshandlung eines Geiselnahmers als Not(stands-)hilfe der Rechtfertigung zugänglich sein kann. Dies gelte auch, wenn ein Polizist handle, der ja letztlich nur ein Staatsbürger in Uniform sei<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. Es ist bislang nicht bekannt geworden, dass Tageszeitungen auf diese Ausführungen ebenfalls aufmerksam geworden wären<sup>8</sup>. Ebenso wenig ist bislang mit besonderer Aufmerksamkeit registriert worden, dass die gegenüber dieser Position deutlich weitergehende Auffassung von *Brugger*<sup>9</sup>, der wiederholt für eine begrenzte Zulassung staatlicher Folter in Ausnahmesituationen eingetreten ist, in dem v. *Mangoldt*'schen Grundgesetzkommentar zustimmend zur Kenntnis genommen worden ist<sup>10</sup>. Auch daran lässt sich eine gewisse Änderung des Diskussionsklimas ablesen, herrschte doch bislang beredtes Schweigen als Reaktion auf die Thesen *Bruggers* vor<sup>11</sup>.

6 MK-*Erb* (2003), § 34 StGB Rdnr. 175. Diese Folgerung aus einem monistisch-individuellen und daher im Kern naturrechtlich fundierten Verständnis der Notrechte bei *Erb* (aaO., § 32 StGB Rdnr. 12) kann hier nicht weiter hinterfragt werden. Jedenfalls die Metapher vom Amtsträger als »Bürger in Uniform« wird in diesem Zusammenhang seit langem als auslegungsträchtig angesehen (siehe *Klinkhardt* JZ 1969, 700 [701]; LK<sup>11</sup>-*Spendel* § 32 StGB Rdnr. 268; NKStGB<sup>2</sup>-*Herzog* § 32 StGB Rdnr. 81 und *Witzstrock* Der polizeiliche Todesschuß, 2001, S. 94). Auf die Formelhaftigkeit des in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gebräuchlichen Arguments (vgl. etwa *VGH Kassel* NJW 1996, 1164 [1165]) machen jedoch zu Recht *Pawlik* Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 194 f.; *Heike Jung* Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977, S. 80 f. und *F. Mußgnug* Recht des polizeilichen Schußwaffengebrauchs, 2001, S. 158 aufmerksam.

7 MK-*Erb* § 34 StGB Rdnrn. 173 f.

8 Auch die knappe Besprechung der Kommentierung von *Erb* durch *Kühl* JZ 2003, 1102 (1103) geht darauf nicht gesondert ein.

9 Zu seiner Argumentation unten V 1.

10 v. *Mangoldt/Klein/Starck*<sup>4</sup> (1999), Art. 1 Abs. 1 GG Rdnr. 71 aE. In den übrigen Kommentaren zum Grundgesetz zitieren zwar *Dreier-Dreier* (1996), Art. 1 I GG Rdnr. 80; *Sachs-Höfling* (1999), Art. 1 GG Rdnr. 20 und *Jarass/Pieroth*<sup>6</sup> (2002), Art. 2 GG Rdnr. 77 den Aufsatz von *Brugger* Der Staat 35 (1996), 67. Sie sehen aber sämtlich von einer vertieften inhaltlichen Auseinandersetzung ab. Ausdrücklich abl. jedoch *Dreier-Schulze-Fielitz* (2000), Art. 104 GG Rdnr. 55 Fn. 240.

11 In der Einschätzung wie hier *Wittreck* DÖV 2003, 873 (874). Explizit abl. zu *Brugger* äußern sich *Lüderssen* FG-50 Jahre BGH IV, 2000, 883 (892); *Denninger* FS-Lüderssen, 2002, 41; *H. Kramer* KJ 2000, 624 (625); *Kühl* AT<sup>3</sup> (2000), § 8 Rdnr. 174 Fn. 302; *Roxin* AT I<sup>3</sup> (1997), § 16 Rdnr. 85 und NKStGB-*Neumann* (1995 ff.), § 34 StGB Rdnr. 118.

## 2. Die Enttabuisierung des moralisch Udenkbaren

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<sup>12</sup>. Dieser Umgang mit einem Tabu hat sich jedenfalls hierzulande grundlegend verändert. Während *Brugger*<sup>13</sup> 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. Nach dem, was über diesen Sachverhalt bislang in der Öffentlichkeit bekannt wurde, wurde dem wegen Entführung *Jakob v. Metzlers* Beschuldigten *Gäfigen* die Zufügung von Schmerzen »durch einfache körperliche Einwirkung«<sup>14</sup> auf Weisung des Vizepräsidenten des Frankfurter Polizeipräsidiums angedroht. Beispielhaft führt der Beschuldigte *Daschner*<sup>15</sup> in einem Interview etwa das »Überdehnen eines Handgelenks« oder die Nutzung von gewissen Druckpunkten am Ohr durch einen Beamten, »der eine Übungsleiterlizenz des Deutschen Sportbundes hat (...), unter Beteiligung des Polizeiarztes« an. Diese Drohungen führten schließlich zu den Angaben des Beschuldigten, die zwar nicht die Rettung, wohl aber das Auffinden der Leiche des entführten elfjährigen Jungen ermöglichten<sup>16</sup>. 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*<sup>17</sup> noch Mitte der siebziger Jahre ein Skandalon war,

12 So überzeugend *Ehrlich/Johannsen* Folter im Dienste der Sicherheit? in: Menschenrechte, (Hrsg.) *Hasse* u.a., 2001, 332 (337).

13 *Brugger* The American Journal of Comparative Law (AJCL) 48 (2000), 661 (677). In diesem Sinne – vor Bekanntwerden des Falles *Daschner/Gäfigen* – auch *Hendrik Schneider* ZStW 113 (2001), 499 (507) und *Roellecke* JZ 1999, 213.

14 FR Nr. 45 v. 22. Februar 2003, S. 2. Siehe auch das Interview mit *Daschner* in dem Nachrichtenmagazin FOCUS v. 24. Februar 2003 (abgedr. in DRiZ 2003, 120).

15 o. Fn. 14.

16 Zum Sachverhalt auch die knappe Schilderung im Beschluss des Schwurgerichts (*LG Frankfurt* StV 2003, 327 m. Anm. *Weigend* StV 2003, 436) im Verfahren gegen den später wegen Mordes Verurteilten *Gäfigen*.

17 Schon 1976 erörtert *Albrecht* in seiner Staatsphilosophie »Der Staat – Idee und Wirklichkeit«, S. 174 (*Hervorh. i. Orig.*), folgenden Fall: »Wenn es z.B. etabliert wäre, daß ein bestimmter Kreis von Personen über moderne Massenvernichtungsmittel verfügt und entschlossen ist, diese Mittel innerhalb kürzester Frist zu verbrecherischen Zwecken einzusetzen, und angenommen, dieses Vorhaben könnte nur vereitelt werden, wenn es gelingt, rechtzeitig den Aufenthaltsort dieser Personen zu erfahren, so kann es sittlich geboten sein, diese Informationen von einem Mitglied des betreffenden Personenkreises auch durch Folter zu erzwingen, sofern dies wirklich die einzige Möglichkeit wäre, ein namenloses Verbrechen zu verhindern«. Zur öffentlichen Diskussion siehe nur *Holtfort* DuR 1977, 403 (407) und *Roßnagel* KJ 1977, 257 (269).

durch die Frankfurter Vorgänge zu einem in der bundesdeutschen Rechtsgeschichte beispiellosen Tabubruch in der Lebenswirklichkeit wurde<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup>.

## II. Das rechtstheoretische Paradigma: Die tragic choice-Situation und der rechtfertigende (Staats-)Notstand

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. Den Ausgangspunkt bildet im Zusammenhang unseres Gegenstandes die Annahme, dass Folter innerhalb eines binär formulierten Rechtscodes im Normalfall Unrecht darstellt. Das wird nicht nur in der utilitaristischen Theorie unstrittig gestellt. Auch die Systemtheorie sieht die mit Wissen und unter dem Schutz des Staates durchgeführte Folterung im Normalfall als eindeutige und eklatante Menschenrechtsverletzung an<sup>20</sup>.

### 1. Das ticking time bomb-Szenario

Bereits vor einem Jahrzehnt hat *Niklas Luhmann* jedoch die rechtstheoretischen Dimensionen utilitaristischen Denkens genauer ausgelotet. »Nach gutem Juristenbrauch«<sup>21</sup> 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<sup>22</sup>:

*Eine fanatische Sekte hat bakteriologische Kampfstoffe in ihren Besitz gebracht. Sie droht, den tödlich wirkenden Stoff in U-Bahnhöfen verschiedener deutscher Groß-*

18 Zu der darin liegenden Zäsur eindringlich *Lüderssen* SZ Nr. 46 v. 25. Februar 2003, S. 13 und *Prantl* SZ Nr. 57 v. 10. März 2003, S. 13. Zu den Problemen des Falles auch *Ziegler* KritV 2004, 52 (in diesem Heft); *Hilgendorf* JZ 2004, 331 ff.; *Kinzig* ZStW 115 (2003), 791 (793 ff.); *R. Hamm* NJW 2003, 946 f.; *F.-C. Schroeder* ZRP 2003, 180; *G. Bertram* Mitt. Hbg. Richterverein 2/2003, S. 6; *Dombek* BRAK-Mitt. 2003, 41 sowie *Leitner* u.a. StV 2003, 255.

19 Vgl. *Quoirin* DRiZ 2003, 114; *Welding* RuP 2003, 222 f.

20 So wörtlich *Luhmann* Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 378.

21 *Luhmann* Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? 1993, S. 1. Das Grundmotiv wird bereits von der *Landau Commission* Israel Law Review 23 (1989), 146 (173 f.) sowie monographisch bei *Raess* Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, 1989, S. 111 ff. und *Hilland* Das Beweisgewinnungsverbot des § 136a StPO, 1981, S. 145 ff., erörtert.

22 Die japanische AUM-Sekte tötete bei einem Anschlag auf die Tokyoter U-Bahn am 20. März 1995 durch das Giftgas Sarin 11 Fahrgäste. 5.500 Personen werden verletzt, vgl. *Nisihara* FS-H.J. Schneider, 1998, 621 (624 ff.).

städte 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. Noch unter dem unmittelbaren Eindruck der Abhöraffaire *Traube* und angesichts der pessimistischen Grundhaltung im Minderheitenvotum zum *Abhörurteil*<sup>23</sup> wurde bereits – rhetorisch – gefragt, was das Verbot der Verletzung eines einzelnen Menschen durch Folter eigentlich gegenüber nuklearer Gefährdung des Gemeinwesens wert sei<sup>24</sup>. Diese verfassungsrechtliche Debatte reflektiert sich im Strafrecht vor allem im Bereich der Dogmatik der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand. *Lenckner/Perron*<sup>25</sup> sind – entgegen der bereits eingangs erwähnten Kommentierung des § 34 StGB durch *Erb* – 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. Im *Folterfall* soll daher die Gewährleistung des § 136 a StPO wegen der gesteigerten kriminellen Energie der Verdächtigen leer laufen<sup>26</sup>. 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. Besondere Brisanz erlangte diese Problematik nach der Entführung eines Motorseglers und dessen Irrflug über der Innenstadt von Frankfurt im Januar 2003. In der Politik wurde die Mög-

23 BVerfGE 30, 1 (46) – *diss. vote Geller/v. Schlabrendorff/Rupp*.

24 So bereits *Abg. Mathäus-Maier*, Sten.-Prot. BT der 17. Sitzung v. 16. März 1976, S. 992 (A) und *Lüderssen* Was ist das – ein »Rechtsstaat«? in: *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, 1978, 79 (95 f.).

25 *S/S*<sup>26</sup>-*Lenckner/Perron* (2001), § 34 StGB Rdnr. 41e.

26 So insbesondere *Hilland* (o. Fn. 21), S. 149 ff. Er hält es für möglich, in Fällen schwerer Verbrechen – vorgeschlagen wird eine grobe Orientierung am Katalog des § 100 a StPO – die Folterung trotz § 136 a StPO zu rechtfertigen. *LG Frankfurt StV* 2003, 327 f. geht auf solche Tendenzen im Fall *Daschner/Gäfen* zu Recht mit keinem Wort ein.

lichkeit einer Entscheidung zugunsten eines Abschusses durchaus bejaht<sup>27</sup>. Doch auch für das deutsche Recht wird bereits vor Inkrafttreten eines Luftsicherheitsgesetzes die Rechtfertigung einer solchen Entscheidung unter Anwendung des § 34 StGB erwogen<sup>28</sup>. 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 insbesondere 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<sup>29</sup>. Deutlich sollte freilich geworden sein, dass eine rein strafrechts- oder verfassungsrechtsdogmatische Betrachtung der rechtlichen Behandlung des Problems der Folter kaum Gewinn verspricht. Die Allgegenwart von Risiken und die denkbaren Abstufungen innerhalb ihrer rechtlichen Bewältigung nötigt zu Differenzierungen, die hier zwar nicht im Einzelnen abgehandelt, wohl aber für die weitere Betrachtung als Folie zugrundegelegt werden müssen. Um so deutlicher kann sich darauf das Beharren auf deontologischen Positionen und die konsequente Ablehnung eines vom Konsequentialismus befürworteten Rechts zur Rechtswidrigkeit abzeichnen.

## 2. Das Konzept des kleineren Bösen

Man hat in der jüngsten Debatte versucht, diesen Sachverhalt Begriffen wie »Rettings-«<sup>30</sup> oder »Gefahrenabwendungsfolter«<sup>31</sup> zu subsumieren. *Günter Hirsch*, Präsident des *Bundesgerichtshofes*, schlägt als Bezeichnung »Präventivfolter«<sup>32</sup> 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*<sup>33</sup> meint, dass die Paradoxie solcher und vergleichbarer Konstellationen in der heutigen Welt an vielen

27 US-Verteidigungsminister *Dick Cheney* wird nach dem 11. September 2001 mit der Äußerung zitiert: »Wenn ein weiteres Verkehrsflugzeug mit amerikanischen Bürgern in der Hand von Terroristen gewesen wäre, hätten wir es abgeschossen. Unsere Piloten der Abfangjäger hatten diese Anweisung. (...) Wir hätten das Recht dazu gehabt. Und wir hätten es getan.« (Der Tagesspiegel Nr. 17523 v. 18. September 2001, S. 5). Sehr kritisch dazu *B. Hirsch* ZRP 2003, 378.

28 So *Hochhut* NZWehr 2002, 154 (165 f.) und *MK-Erb* § 34 StGB Rdnr. 118. Dagegen *Welsch* BayVBl. 2003, 481 (487).

29 Dazu demnächst *Verf.* Das Strafrecht des Staatsnotstandes, Frankfurt 2004, Kap. D I.

30 *Hecker* KJ 2003, 210 (211); *Hilgendorf* JZ 2004, 331 (335).

31 *Jerouschek/Kölbel* JZ 2003, 613 (614).

32 *G. Hirsch* Interview in der SZ Nr. 189 v. 19. August 2003, S. 9.

33 *Luhmann* (o. Fn. 21), S. 24.

Stellen zu beobachten sei. Neben der Folter in *ticking time bomb*-Fällen<sup>34</sup> 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<sup>35</sup>. 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 (*concept of the lesser evil*)<sup>36</sup>. 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. Im Fall der humanitären Intervention mit militärischen Mitteln kollidieren die Staatensouveränität und der Schutz der Menschenrechte. Für die Struktur dieser Konstellation wurde bereits der eher farblose Begriff des Entscheidungsdilemmas vorgeschlagen<sup>37</sup>. Die utilitaristische Theorie<sup>38</sup> schlägt die Bezeichnung *tragic choice*-Konstellation vor. Dieser terminologischen Anregung wird hier gefolgt. Jene Situation zeichnet sich also dadurch aus, dass *zumindest zwei Wertanrufe in eine Kollisionslage geraten, bei der eine praktisch konkordante Zuordnung ohne die Antastung des Kernbereichs zumindest eines der zugrundeliegenden Prinzipien nicht möglich ist.*

### III. Eine Bestandsaufnahme: Der umfassende Schutz vor Folter im Völker-, Völkerstraf- und Europarecht

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.

34 Zum Begriff *The Supreme Court of Israel – sitting as the High Court of Justice* – Urt. v. 14. November 1996 (HCJ 804/96) – *Hamdan*, Tz. 14, <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/hamdan.html>. Das Gericht fasst darunter eine unmittelbar und sicher bevorstehende, nicht anders abwendbare Gefahr für eine große Zahl von Menschen. Zustimmend *Feller* Israel Law Review 23 (1989), 201 (208) und *Brugger* JZ 2000, 165 (168).

35 Siehe *Sachs* JuS 1995, 984 (988); *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts<sup>20</sup> (1995), Rdnr. 72 und *Jarass* (Fn. 10), vor Art. 1 GG Rdnr. 49.

36 Siehe bereits *Landau Commission* Israel Law Review 23 (1989), 146 (172).

37 *Meißner* Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand, 1990, S. 162.

38 *Trapp* »Nicht-klassischer« Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1988, S. 569.

## 1. Völker- und Europarecht

Der Ausgangspunkt hierfür könnte kaum eindeutiger sein: »Der Schutz vor Folter ist ein grundlegendes Menschenrecht, ihr Verbot ist in allen wichtigen Menschenrechtsabkommen enthalten«. Neben der vom *BVerwG*<sup>39</sup> zum Beleg dieser Aussage zitierten Vorschrift des Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK<sup>40</sup>) sind zumindest noch Art. 7 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR<sup>41</sup>) und Art. 5 II 1 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK<sup>42</sup>) zu nennen. Der *EGMR*<sup>43</sup> 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. Nach Art. 52 III EUCh hat es innerhalb der Europäischen Union daher die gleiche Bedeutung und Tragweite wie nach der Konvention<sup>44</sup>. Zwar ist die Grundrechtscharta nach ihrer feierlichen Proklamation am 7. Dezember 2000 in Nizza noch nicht formell in Kraft getreten. Wegen Art. 6 II des EU-Vertrages sind aber auch schon vor der verbindlichen vertraglichen Festschreibung Auswirkungen auf die Rechtsprechung von *EuGH*, *EuG* und der nationalstaatlichen Gerichte denkbar. Art. 4 EuCh kann also schon im Vorfeld der Verabschiedung einer europäischen Verfassung als Interpretationshilfe zu den gemeineuropäischen Grundrechtsstandards dienen<sup>45</sup>. Das Folterverbot wird daher auch zu den Basissätzen der Beweismethodenverbote des im Entstehen begriffenen europäischen Strafprozessrechts gezählt<sup>46</sup>.

39 *BVerwGE* 67, 184 (193).

40 Es entspricht allgemeiner Ansicht (*BVerfGE* 74, 358 [370]; *LG Düsseldorf* NStZ 1988, 427 [429]; *L/R*<sup>24</sup>-*Gollwitzer* [1997 ff.], Einl EMRK/IPBPR Rdnr. 21), dass die EMRK in der Bundesrepublik weder über Art. 25 GG noch über Art. 1 II GG (»Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft«) Verfassungsrang hat. Als ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag (BGBl. II 1952, S. 685, 953) steht sie im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Zudem dient sie und die zu ihr ergangene Rechtsprechung als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite bundesdeutscher Grundrechte und rechtsstaatlicher Grundsätze des Grundgesetzes.

41 BGBl. II 1973, S. 1533.

42 Vom 22. November 1969, vgl. dazu *Raess* (o. Fn. 21), S. 64.

43 *EGMR* NJW 2002, 2851 (2852 Tz. 49) – *Pretty*; *EGMR* NJW 2001, 2694 (2695 Tz. 90) – *Kudla*; *EGMR* NJW 2001, 56 (59 Tz. 95) – *Selmouni*.

44 Vgl. *Th. Schmitz* JZ 2001, 833 (842) und *Grabenwarter* DVBl. 2001, 1 (2 f.).

45 Zur dogmatischen Konstruktion *EuG* EuGRZ 2002, 266 (270 f. Tz. 48, 57); *Knöll* NVwZ 2001, 392 (394) und *Zuleeg* EuGRZ 2000, 511 (514).

46 Übereinstimmend *P.-A. Albrecht/Braun/Frankenber* u.a. KritV 2001, 279 (281) und *J. Wolter* GA 1999, 158 (177 Ls. 8). Um so bedenklicher ist es, dass Art. 29 I des *Corpus Iuris* nicht explizit auf Art. 3 EMRK verweist und Art. 33 I *Corpus Iuris* nur ein Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen Vorschriften der EMRK anordnet. Die Kritik an diesem Projekt (zusammenfassend *Prittitz* ZStW 113 [2001], 774 [794 ff.]) ist insoweit voll berechtigt.

## 2. Völkerstrafrecht

Das Völkerstrafrecht knüpft an diese herausragende Bedeutung des Folterverbots für den Menschenrechtsschutz an. Art. 7 II lit. e des ISTGH-Statuts<sup>47</sup> formuliert einen Straftatbestand, der das völkerrechtliche Folterverbot zu einem der Grundprinzipien des internationalen Strafrechtsschutzes macht. Folter wird zu einem *delicta iuris gentium* des Völkerstrafrechts. Dies konnte über kurz oder lang auch nicht ohne Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht bleiben. Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch pönalisiert daher in § 7 I Nr. 5 VStGB 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 (...)*«<sup>48</sup>

Zudem sieht § 8 I Nr. 3 VStGB für kriegerische Auseinandersetzungen zum Schutz der Zivilbevölkerung vor:

*»Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt (...)*

*Nr. 3: eine nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Person grausam oder unmenschlich behandelt, indem er ihr erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, insbesondere sie foltert oder verstümmelt, (...) wird (...) bestraft.*«

Die fundamentale Bedeutung des Folterverbots auch für das Völkerstrafrecht dürfte durch diese noch sehr junge Entwicklung unterstrichen werden. Bestrebungen, die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe zur Legitimation der Folter in Kriegs-, Not- und Krisenzeiten oder zur Abwehr von Gefahren für einzelne Individuen einzusetzen, geraten dazu in einen unübersehbaren Widerspruch.

## 3. Zur *ius cogens*-Qualität des Folterverbots

Nicht abschließend geklärt ist bisher die Frage, ob das Folterverbot bereits *ius cogens*-Charakter hat. Art. 53 S. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969<sup>49</sup> enthält eine Legaldefinition des *ius cogens*. Dazu gehört jede Norm, »die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt ist, von der keine Abweichung erlaubt ist und die nur durch eine nachfolgende Norm des allgemeinen Völkerrechts, die denselben Charakter trägt, abgeändert werden kann«. Die entscheidende Frage ist, ob es für diese Anerkennung genügt, dass sich die

47 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs v. 17. Juli 1998 (BGBl. II 2000, S. 1393). Zusammenfassend zur Entwicklung des Statuts *Lagodny* ZStW 113 (2001), 800 (802 ff.).

48 BGBl. I 2002, S. 2254. Zu den Hintergründen der Entstehung dieser Kodifikation *Zimmermann* NJW 2002, 3068 (3069); *Satzger* NSZ 2002, 125 und *MacLean* ZRP 2002, 260 (262 ff.).

49 BGBl. II 1985, S. 926.

Staatengemeinschaft zum Verbot der Folter bekennt, auch wenn das Verbot in zahlreichen Staaten stillschweigend durchbrochen wird. Hier ist die Diskussion gerade in jüngster Zeit in Bewegung geraten. Zumindest seit der Kosovo-Intervention von 1999 scheint sich nunmehr ein Standpunkt durchzusetzen, der von der *ius cogens*-Qualität des Folterverbotes ausgeht<sup>50</sup>. 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<sup>51</sup> 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<sup>52</sup>. Würde man also die Frage der *ius cogens*-Qualität des Verbots der Folter bejahen, wäre *jeder* Verstoß gegen das Folterverbot rechtswidrig. Der verantwortliche Staat wäre kompensationspflichtig. Alle anderen Staaten wären darüber hinaus verpflichtet, die durch die Verletzung geschaffene Situation nicht als rechtmäßig anzuerkennen (*ex iniuria ius non oritur*). Vor diesem völkerrechtlichen Hintergrund stehen innerstaatliche Bestrebungen, das Folterverbot jedenfalls im präventiv-polizeilichen Bereich aufzuweichen, unter besonderem Rechtfertigungsdruck.

#### 4. Die völkerrechtliche Unzulässigkeit der Aufweichung des Folterverbots in Not- und Gefahrenlagen

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«. Es handelt sich beim Folterverbot also um einen Teil des aufhebungsfesten Konventionsminimums. Daraus folgt der *EGMR*<sup>53</sup> in der Entscheidung im Fall des der Mitgliedschaft in der *PKK* bezichtigten *Zeki Aksoy*: »Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against organised terrorism and crime, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment«. Diese klare Linie hat in der bundesdeutschen Praxis bislang

50 Dies bejahen *G. Kaiser* KrimJourn. 2003, 243 (247); *Wittreck* DÖV 2003, 873 (875); *Schöbener* KJ 2000, 557 (574); *Holtwisch* RuP 1999, 224; *Nierwerth* NVwZ 1997, 228 (233); *Leiß* Interventionen des Sicherheitsrates bei innerstaatlich begangenen Menschenrechtsverletzungen, 2000, S. 285; *Wodarz* Gewaltverbot, Menschenrechtsschutz und Selbstbestimmungsrecht im Kosovo-Konflikt, 2002, S. 74 und *Radke* Der Staatsnotstand im modernen Friedensvölkerrecht, 1988, S. 186. *Steinkamm* FS-Dau, 1999, 261 (274 Fn. 43) sieht dies als die »inzwischen wohl h.M.« an.

51 Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts 2001, S. 49, [http://www.un.org/law/ilc/texts/State\\_responsibility/responsibilityfra.htm](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm).

52 Siehe *Simma/Volk* NJW 1991, 871 (872) und *Verdross/Simma* Universelles Völkerrecht<sup>3</sup> (1984), § 1290 (S. 871).

53 *EGMR* Urt. v. 18. Dezember 1999 (Az.: 28917/93 u.a., Hudoc-Ref. 00000589) – *Aksoy*, Tz. 62, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>. Zustimmend *Klugmann* Europäische Menschenrechtskonvention und antiterroristische Maßnahmen, 2002, S. 108.

vor allem im Ausländer- und Asylrecht Konsequenzen. Zwar könne der Ausnahmezustand, solange er vorübergehend als letztes Mittel zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung angeordnet werde, im Einzelfall auch besondere Eingriffe gebieten<sup>54</sup>. Seit dem *Soering*-Urteil des *EGMR*<sup>55</sup> ist aber unstrittig, dass der Terrorismusvorbehalt nicht greift, wenn bei der Abschiebung Folter oder eine sonst menschenrechtswidrige Behandlung drohen, »gleichgültig welchen schrecklichen Verbrechen er beschuldigt wird«. 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. Bei bewaffneten Konflikten existiert seit mehr als fünfzig Jahren ein Verbot der Folter. Als »schwere Verletzungen« des humanitären Kriegsvölkerrechts gelten nach Art. 147 der IV. GK<sup>56</sup>, spiegelbildlich zu den Strafvorschriften des VStGB, namentlich vorsätzliche Tötung, Folterung oder unmenschliche Behandlung. In der Charta der Vereinten Nationen (UNCh) fehlt zwar eine ausdrückliche Regelung. 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<sup>57</sup>) auch völkervertragsrechtlich festgeschrieben:

*»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 Parafall 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.

54 *BVerwGE* 67, 195 (202 f.).

55 *EGMR* NJW 1990, 2183 (2184 Tz. 88). Bestätigend *EGMR* NJW 2001, 56 (59 Tz. 96 ff.) – *Selmouni*; *EGMR* NVwZ 1997, 1093 (1094 Tz. 80) – *Chahal*. Als unsicher wird aber angesehen, ob der Gerichtshof diese Linie auch nach den Anschlägen des 11. September 2001 noch aufrechterhalten wird, vgl. *Huber* NVwZ 2002, 787 (791).

56 Die Bundesrepublik Deutschland ist der IV. Genfer Konvention vom 12. August 1949 (IV. GK) mit Gesetz v. 21. August 1954 (BGBl. II, S. 781) und den beiden Zusatzprotokollen von 1977 mit Gesetz vom 11. Dezember 1990 (BGBl. II, S. 1550) beigetreten.

57 BGBl. II 1990, S. 246. Zur Entstehungsgeschichte vgl. *R. Marx* ZRP 1986, 81 f.

### 5. Folterbegriff und Prozeduralisierung – rechtsstaatskompatible Rekonstruktion der Folter?

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. Diese sollten beispielsweise gegenüber in Haft befindlichen Mitgliedern der *Al Qaida* angewendet werden. Man müsse ihre Kenntnisse der organisatorischen und personalen Strukturen des Terrornetzwerks unbedingt auswerten, um weitere Attentate zu verhindern und die Strukturen der Organisation endgültig zerstören zu können<sup>58</sup>. Vor allem *Alan Dershowitz*, der Öffentlichkeit hierzulande bekannt geworden als liberaler Bürgerrechtsanwalt und Strafverteidiger, tritt für eine Festlegung der materiellen Voraussetzungen für Folterungen in prozeduralen Spezialtatbeständen ein. Das gesamte Verfahren müsse prozeduralisiert und juridifiziert werden. Erforderlich seien insbesondere richterliche Foltergenehmigungen<sup>59</sup>.

Was ist, angesichts der aufgezeigten völkerrechtlichen Rahmenbedingungen, von solchen Ansätzen zu halten? Der Begriff der Folter wird völkervertragsrechtlich in Art. 1 I FoK 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. Erfasst sind zudem auch die Zwecke der Bestrafung und Einschüchterung<sup>60</sup>. Art. 1 I FoK geht also von einem subjektiven Folterbegriff aus, der über die Zielrichtung des Verhaltens definiert ist. Dem Begriff der Folter wird in den internationalen Menschenrechtspakten jede sonst unmenschliche Behandlung als weitere Form des völkerrechtswidrigen Verhaltens zur Seite gestellt. Damit entsteht das Problem der Abgrenzung beider Verhaltensweisen.

(a) In der neueren Rechtsprechung des *BGH*<sup>61</sup> zu § 6 Nr. 9 StGB i.V.m. Art. 147 der IV. GK wird in Fortführung des subjektiven Folterbegriffes eine Unterscheidung nach dem Zweck befürwortet, den der Handelnde verfolgt. Folter sei nur die zweckbezogene Zufügung schwerer körperlicher oder seelischer Leiden. Demgegenüber sei für eine unmenschliche oder grausame Behandlung keine hierauf gerichtete Absicht erforderlich.

58 *Ann Scott Tyson* *The Christian Science Monitor* v. 4. April 2002, <http://www.scmontor.com/2002/0404/p01s03-uspo.html>, zitiert dazu einen früheren *FBI*- und *CIA*-Direktor mit der Bemerkung: »This is intrusive, but less intrusive than inflicting pain, and if it is done it would be done on some higher authority.«.

59 *Dershowitz* *Israel Law Review* 23 (1989), 192 (199 f.) und Interview in *Harvard University Gazette* v. 13. Dezember 2001, <http://www.news.harvard.edu/gazette/2001/12.13/17-dershowitz.html>. Zu seinem Standpunkt auch *Gelinsky* *FAZ* Nr. 172 v. 27. Juli 2002, S. 8; *Leuken* *FAZ* Nr. 262 v. 10. November 2001, S. 40 und *Jerouschek* *JZ* 2002, 1096.

60 Ebenso bereits Art. 1 I 1 der Erklärung der UN-Vollversammlung vom 9. Dezember 1975, Resolution A/RES/3452 (XXX), [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/h\\_comp38.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/h_comp38.htm).

61 *BGHSt* 46, 292 (303).

(b) In der Judikatur der Konventionsorgane wird allerdings bislang eine eher objektive Abgrenzung zwischen beiden Verhaltensweisen befürwortet. Ob eine Misshandlung als Folter oder als unmenschliche Behandlung bewertet wird, hängt dabei nach der Rechtsprechung des *EGMR*<sup>62</sup> und des *BVerwG*<sup>63</sup>, der Auffassung der *EKMR*<sup>64</sup> sowie der h.L.<sup>65</sup> von allen Umständen des Einzelfalles ab. Beachtlich seien daher insbesondere Intensität und Dauer der Behandlung, ihre physischen und psychischen Folgen sowie Geschlecht, Alter und allgemeiner Gesundheitszustand des Opfers. Dies führt im Vergleich zum subjektivierenden Ansatz zu einer prinzipiellen Erweiterung des Anwendungsbereiches des Folterverbots. Versteht man daher Folter und unmenschliche Behandlung als objektive Steigerungsbegriffe, können nur noch eindeutig minder schwere Eingriffe in die körperliche Integrität aus dem Anwendungsbereich des Folterverbotes herausfallen. Dies betrifft einzelne Formen der Isolations-»Folter«<sup>66</sup> oder einige Techniken der Zwangsernährung im Hungerstreik<sup>67</sup>.

(c) Auch im Völkerstrafrecht sind Tendenzen feststellbar, die auf eine Erweiterung der Ächtung von Foltermaßnahmen durch die Verobjektivierung des Folterbegriffes hindeuten. Art. 7 II lit. e des IStGH-Statuts und den §§ 7 I Nr. 5, 8 I Nr. 3 VStGB liegt ein weiter 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. Es spricht also vieles dafür, dass der Folterbegriff des Art. 1 I FoK trotz der Erwähnung sonstiger unmenschlicher Handlungen in Art. 7 II lit. k IStGH-Statut erweitert werden soll. Zukünftig soll offenbar der einfache Tatvorsatz ausreichen<sup>68</sup>. 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 der hier favorisierten Begriffsbildung von vornherein nicht berücksichtigt werden, um körperlichen Misshandlungen von festgehaltenen Personen den Makel der Folter zu nehmen. Eine inhaltliche Diffe-

62 *EGMR* NJW 2001, 2694 (2695 Tz. 91) – *Kudla* und *EGMR* NJW 2001, 56 (60 Tz. 100) – *Selmouni*.

63 *BVerwGE* 99, 331 (334); *BVerwG* NVwZ 1999, 311 und *BVerwG* NVwZ 1997, 1127 (1128).

64 *EKMR* EuGRZ 1978, 314 (321 Tz. 5) – *Ensslin u.a.*

65 *Nierwerth* NVwZ 1997, 228 (229); *Klugmann* (o. Fn. 53), S. 86; *Kitz* Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982, S. 59 und *Wurst* Die völkerrechtliche Sicherung der Menschenrechte in Zeiten staatlichen Notstandes, 1967, S. 114.

66 Die Zulässigkeit einer relativen Isolation von Gefangenen – etwa bei dreimonatiger Kontaktsperre – in Abgrenzung zur völligen Sinnesisolation und/oder der vollständigen sozialen Isolation wird bestätigt von *EKMR* EuGRZ 1978, 314 (322 Tz. 12) – *Ensslin u.a.* und *BVerfGE* 49, 24 (64).

67 Dazu *Bottke* GA 1982, 346 (359 ff.) und *Wassermann* DRiZ 1986, 291 (295).

68 Für einen Verzicht auf das überschießende intentionale Element zugunsten eines gewöhnlichen Tatvorsatzes auch *Ambos* NStZ 2001, 628 (632); *L/R*<sup>24</sup>-*Gollwitzer* Art. 3 EMRK/Art. 7 IPBPR Rdnr. 18 a.E.; *Raess* (o. Fn. 21), S. 44; *Wurst* (o. Fn. 65), S. 114.

renzierung zwischen »guter« Präventiv- und »schlechter« Repressivfolter ist daher mit den völkerrechtlichen Vorgaben für das innerstaatliche Rechtsregime nicht in Einklang zu bringen<sup>69</sup>. 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 beaufschlagte Gerichte, wie dies bereits in düster-phantasievollen Szenarien bei *Luhmann*<sup>70</sup> und *Brugger*<sup>71</sup> erwogen wurde, ist Folter.

#### IV. Folgerungen für das innerstaatliche Recht

Nicht mehr ernsthaft streitig kann nach dieser Bestandsaufnahme zunächst sein, dass das Folterverbot zu den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln i.S.d. Art. 25 GG gehört<sup>72</sup>. Es ist daher Bestandteil des Bundesrechts. Art. 4 I FoK verpflichtet die Vertragsstaaten zudem zu wirksamen gesetzgeberischen Maßnahmen gegen die Folter. Auch dies kann nicht ohne Folgen für das innerstaatliche Recht bleiben. In Griechenland etwa wird nach der historischen Erfahrung der Obristendiktatur mit § 137 a des Strafgesetzbuchs von 1984 ein eigenständiger Straftatbestand gegen die Folter geschaffen<sup>73</sup>. Materiell-straftrechtlich nähert sich in der Bundesrepublik Deutschland die Unrechtsstruktur der Aussageerpresung in § 343 StGB einem Spezialtatbestand zur Pönalisierung der Folter an<sup>74</sup>. 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*<sup>75</sup>, ob der handelnde Polizist zu der Mitwirkung an einem Strafverfahren i.S.d. § 343 I Nr. 1 StGB berufen ist.

Zwar muss dieses Strafverfahren noch nicht eingeleitet sein<sup>76</sup>. Sein Beginn ist aber nach allgemeinen Regeln durch den Verdacht bedingt. Hier wäre also inzidenter zu prüfen, ob sich gegen die Auskunftsperson ein Anfangsverdacht (§§ 152 I, 160 I, 163 I StPO) richtet. Dies ist wegen der in Betracht kommenden Straftatbestände in typi-

69 Zur prinzipiellen Unzulässigkeit einer Gegenüberstellung von »guter« und »böser« Folter zuerst *Prantl* SZ Nr. 57 v. 10. März 2003, S. 13.

70 *Luhmann* (o. Fn. 21), S. 27: »Zulassung von Folter durch international beaufschlagte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung, Verschiebung der Unterscheidung Recht/Unrecht in die Option des Opfers, Held oder Verräter zu sein«.

71 *Brugger* Der Staat 35 (1996), 67 (69 Fn. 5). Dagegen auch *Kretschmer* RuP 2003, 102 (114) und *H. Kramer* KJ 2000, 624.

72 Ebenso *Kretschmer* RuP 2003, 102 (110); *Wirth* Jura 2000, 70 (73); *Nierwerth* NVwZ 1997, 228 (233) und *Brugger* VBIBW 1995, 446 (451). *BVerwGE* 67, 184 (194) hatte die Frage noch offengelassen.

73 Dazu *Spirakos* Folter als Problem des Strafrechts, 1990, S. 84 ff., 135 ff.

74 So auch *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513 (519); *Wittreck* DÖV 2003, 873 (876) und *Spirakos* (o. Fn. 73), S. 202.

75 o. II 1.

76 *Tröndle/Fischer*<sup>50</sup> (2001), § 343 StGB Rdnr. 3 i.V.m. § 258a StGB Rdnr. 2.

schen *ticking time bomb-Konstellationen* unproblematisch<sup>77</sup>. Zusätzlich bedürfte es noch eines formellen Inculpationsaktes, der in der Herbeiführung einer Aussage durch Vernehmung gesehen werden kann (arg. e § 370 AO).

Auf der subjektiven Tatseite stellt sich jedoch das Problem, ob der Polizist in der Absicht handelt, den Täter zu nötigen, 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<sup>78</sup>. Dagegen sprechen jedoch sowohl abstrakt-generelle wie konkret-individuelle Gesichtspunkte.

### 1. Normativ determinierte Doppelfunktionalität polizeilichen Handelns im »Sicherheitsrecht«

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 eine Notsituation erst gar nicht entstehen zu lassen. Augenfälliger Ausdruck dieser Entwicklung ist u.a. die Überantwortung vorbeugender Verbrechensbekämpfung an das Polizeirecht<sup>79</sup>. Die Vermischung von polizeirechtlichen, nachrichtendienstlichen und strafprozessualen Eingriffsermächtigungen wird so zum Kennzeichen eines vor allem am Ziel der bestmöglichen Risikoversorge orientierten, amorphen »Sicherheits-<sup>80</sup>« oder »Strafpolizeirechts«<sup>81</sup>. 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 vonein-

77 Neben § 343 StGB – im Bereich der Teilnahme ggf. i.V.m. mit dem Konniventatbestand in § 357 I StGB – treten die Strafvorschriften in § 340 I, III StGB i.V.m. §§ 223, 224, 226 StGB, aber auch die §§ 239 ff. StGB und § 174 a StGB. Zusammenstellungen der einschlägigen Gefährdungs- und Verletzungsdelikte bei *Kretschmer* RuP 2003, 102 f. und *Brugger* VBIBW 1995, 446.

78 So *Miehe* NJW 2003, 1219 (1220) und *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513 (519).

79 Diesen Weg gehen mittlerweile zahlreiche Landespolizeigesetze, vgl. § 1 III ASOG, § 1 IV HSOG, § 1 I 2 POGRhI-Pf, § 1 I 2 PolGNW, § 1 I 2 BbgPolG, § 1 I 2 NdsGefAG, § 1 I 2 ThürPAG und § 7 I Nr. 4 SOGMV.

80 Ausführlich *Paeffgen* GA 2003, 647 f.; *J. Wolter* GA 1999, 158 (170 f.); *Lisken* ZRP 1990, 15 (17) und *ders.* KJ 1992, 472 (474).

81 Zum Begriff *Roggan* KritV 1998, 336 ff.

ander operierenden Präventiv- bzw. Repressivbeamten, (...)»<sup>82</sup>. Angemerkt wurde zudem, dass im Entführungsfall *v. Metzler* noch im Sinne einer Indizwirkung 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<sup>83</sup>.

## 2. Zur Geltung des Misshandlungsverbots im präventiv-polizeilichen Bereich

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<sup>84</sup>. Der Schmerzzufügung mit dem Ziel der Aussageergänzung steht im repressiv-polizeilichen Bereich daher einfachgesetzlich auch § 163 a III 2, V StPO in Verbindung mit § 136 a StPO entgegen. Dies wird auch von den Befürwortern einer begrenzten Zulassung der Folter nicht in Abrede gestellt. 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. Für solche Lagen ist heute anerkannt, dass die Voraussetzungen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen alternativ komplett vorliegen müssen. Eine wechselseitige Vervollständigung einer Ermächtigungsgrundlage durch die andere ist damit unstatthaft<sup>85</sup>. 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<sup>86</sup>. 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

82 *Kretschmer* RuP 2003, 102 (103). Im Ergebnis ebenso *Kinzig* ZStW 115 (2003), 791 (796) und – ohne das Problem zu diskutieren – *Schaefer* NJW 2003, 947.

83 *Kretschmer* RuP 2003, 102 (103). Selbst die nicht überzeugende Differenzierung präventiv/repressiv könnte allerdings nicht erklären, dass *Brugger* VBIBW 1995, 446 (448 Fn. 26) und *ders.* Der Staat 35 (1996), 67 (71 Fn. 11) die polizeiliche Aussageergänzung wiederholt mit dem offensichtlich fernliegenden § 253 StGB in Verbindung bringt, ohne § 343 StGB auch nur zu erwähnen.

84 Zu dieser Ableitung *BGHSt* 44, 308 (317); *LG Frankfurt* StV 2003, 327; *Krack* NSTZ 2002, 120; *Sachs<sup>2</sup>-Degenhart* Art. 104 GG Rdnr. 45; *Dreier-Schulze-Fielitz* Art. 104 GG Rdnr. 55 und *BK<sup>3</sup>-Zippelius* Art. 1 GG Rdnr. 65.

85 *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513 (514) und *Rogall* NSTZ 1992, 45 (47).

86 Zum Problem eingehend *Hefendehl* StV 2001, 700 (705); *Roggan* KritV 1998, 336 (337); *Guldi* VBIBW 1996, 235; *Amelung/Kerckhoff* JuS 1993, 196 (198) und *H. J. Wolff/Bachoff/Stober*<sup>11</sup> (1999), § 22 Rdnr. 75.

Gefahrenabwehr zusammenfließen, sich überlappen und fast untrennbar miteinander verschränkt erscheinen«<sup>87</sup>. Die meisten Polizeigesetze verweisen für die Standardmaßnahme der Befragung entsprechend §§ 11 IV, 33 II des Musterentwurfs einheitlicher Polizeigesetze (MEPolG<sup>88</sup>) aber ohnehin wiederum auf § 136 a StPO. In den übrigen Bundesländern ergibt sich dieselbe Rechtsfolge wegen Art. 1 III GG unmittelbar aus Art. 1 I 1 GG. Die in der Diskussion um den *Folterfall Daschner* unter anderem von dem Beschuldigten in einem Zeitungsinterview selbst vertretene Auffassung<sup>89</sup>, 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<sup>90</sup>.

### 3. Schranken des Folterverbots im (Staats-)Notstand?

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<sup>91</sup> und das Rechtsstaatsprinzip<sup>92</sup> genannt.

87 *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513.

88 Vgl. §§ 22 IV 1 BGSOG, 12 IV HSOG, 18 VI ASOG, 13 S. 2 BremPolG, § 35 II PolGBw, § 12 IV 2 NdsGefAG, § 28 II 2 SOGMV, § 11 I 3 SPoIG.

89 Wiedergegeben in der FR Nr. 45 v. 22. Februar 2003, S. 2: »Wir waren hier aber nicht im Strafverfahren, wie waren im Bereich der Gefahrenabwehr. Und die hat absolute Priorität vor dem Strafverfahren. Es ging einzig und allein um die Frage: Wo ist das Kind? Ich habe den Auftrag erteilt, die Vernehmung mit unmittelbarem Zwang auf die Gefahrenabwehr zu begrenzen und ausdrücklich jede Befragung in Richtung strafprozessualer Dinge untersagt. (...)«.

90 Ebenso *J. O. Merten* JR 2003, 404 (408); *Welsch* BayVBl. 2003, 481 (486); *Hecker* KJ 2003, 210 (212); *Kretschmer* RuP 2003, 102 (104); *Leitner u.a.* StV 2003, 255 sowie *Hassmer* Interview in der SZ Nr. 48 v. 27. Februar 2003 (abgedr. in DRiZ 2003, 122 [123]).

91 Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 1 I 1 GG findet sich bereits beim *Sonderausschuß Strafrechtsreform, BT-Drucks. V/4095*, S. 15 und bei *Kühl* AT<sup>3</sup> § 8 Rdnr. 171. Den Bezug zu Art. 104 I 2 GG stellt für den *Folterfall Kretschmer* RuP 2003, 102 (106) her. Von vielen Autoren wird das – in der Sache unstrittige – Autonomieprinzip demgegenüber freischwebend zwischen *Kants* Freiheitslehre und den verfassungsrechtlichen Wertungen verortet, vgl. *Roxin* AT I<sup>3</sup> § 14 Rdnrn. 41, 48; *Jescheck/Weigend* AT<sup>5</sup> (1996), § 33 IV 3 d (S. 364) und *NKStGB-Neumann* § 34 StGB Rdnr. 118.

92 Dies betont *Jakobs* AT<sup>2</sup> (1991), 13/36.

(a) *Das spezielle Misshandlungsverbot in Art. 104 I 2 GG*

Art. 104 I 2 GG, der die Misshandlung festgehaltener Personen verbietet, hat keinen Gesetzesvorbehalt. Dies unterscheidet die Regelung von Art. 2 II GG. Jene Vorschrift tritt daher zurück<sup>93</sup>. Dass dennoch kein Grundrecht schrankenlos im Sinne von unbegrenzt gilt, ist unbestritten. Über die Wege, auf denen Begrenzungen vorgenommen werden können, herrscht aber keine Einigkeit. Der Streit über die Frage, wie diese Schranken herzuleiten sind, kann hier nicht rekapituliert werden. Weitgehende Einigkeit besteht jedoch darüber, dass jedenfalls der undifferenzierte Gedanke der Grundrechtsverwirkung nicht dem heutigen Stand verfassungsrechtlicher Dogmatik entspricht. Bereits in den Auseinandersetzungen um die Wiedereinführung der Todesstrafe und die Zulässigkeit des finalen Rettungsschusses finden sich solche – überholten – Ansätze<sup>94</sup>. 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 einem 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 (»dürfen weder«). Nicht anders verhält es sich mit dem Recht potentieller Anschlagopfer 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«<sup>95</sup>. 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. Dieses Ergebnis führte damit zu einer Parallelisierung mit der Schrankendogmatik von Art. 1 I 1 GG. Das Folterverbot wäre auch verfassungsrechtlich absolut gewährleistet. Das wird angesichts der Entstehungsgeschichte beider Vorschriften von der ganz h.M.<sup>96</sup> auch ausdrücklich befürwortet.

93 Ebenso *Brugger* JZ 2000, 165 (166); *ders.* VBfBW 1995, 446 (449) und *Dreier-Schulze-Fielitz* Art. 104 GG Rdnr. 64. A.A. – Art. 104 GG wirke bloß als Schranken-Schranke für Art. 2 II GG – *Sachs<sup>2</sup>-Degenhart* Art. 104 GG Rdnr. 1. Dies überzeugt aber nur für Art. 104 I 1 GG, der ausdrücklich mit einem Gesetzesvorbehalt versehen ist.

94 v. *Winterfeld* NJW 1972, 1881 (1883). Scharf dagegen *Funk/Werkentin* KJ 1976, 121: »Legitimationsstrategie (...), deren Grundmuster das aus dem Faschismus bekannte Prinzip der rechtlichen Ausbürgerung potentieller Störer ist (...)«.

95 *Gusy* Polizeirecht<sup>4</sup> (2000), Rdnr. 361.

96 *Kinzig* ZStW 115 (2003), 791 (808); *J. O. Merten* JR 2003, 404 (405); *Hecker* KJ 2003, 210 (215 Fn. 25); *H. Kramer* KJ 2000, 624 (625); *Sachs<sup>2</sup>-Degenhart* Art. 104 GG Rdnr. 45; *Jarass/Pieroth<sup>6</sup>* Art. 104 GG Rdnr. 8 und *Dreier-Schulze-Fielitz* Art. 104 GG Rdnr. 54.

(aa) Hingegen hat *Brugger*<sup>97</sup> – 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«<sup>98</sup>. 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.

(bb) Doch bereits aus der Regelung über den polizeilichen Rettungsschuss kann für die Folter nichts geschlossen werden. Methodisch höchst problematisch ist 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<sup>99</sup>. 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. Dazu kann im Übrigen auch auf die Überlegungen zur Bedeutung des Zeitmoments für die Auslegung des Rechtsbegriffs der Angriffsunfähigkeit in den Normen zum intendiert-tödlichen Schusswaffengebrauch (§§ 41 II 1 MEPolG, 12 II 1 UZwG, 16 II 1 UZwGBw) verwiesen werden. Angriffsunfähigkeit und Tod sind begrifflich kein quantitatives Mehr und Weniger. Es handelt sich um zwei gänzlich verschiedene Zustände<sup>100</sup>. Während der

97 *Brugger* AJCL 48 (2000), 661 (669 ff.); *ders.* VBIBW 1995, 446 (449 f.). Vorsichtig in dieselbe Richtung argumentiert *Miehe* NJW 2003, 1219 (1220).

98 *Brugger* JZ 2000, 165 (169) und *ders.* Der Staat 35 (1996), 67 (81). Ebenso für den *Frankfurter Fall* *ders.* FAZ Nr. 58 v. 10. März 2003, S. 8.

99 Ebenso *Welsch* BayVbl. 2003, 481 (485); *Hecker* KJ 2003, 210 (215) und *Haurand/Vahle* NVwZ 2003, 513 (518 f.).

100 *Riegel* ZRP 1978, 73 (74) bezeichnet die Gegenauffassung als »halsbrecherische Volte«. In der Sache ebenso *Westenberger* DÖV 2003, 627 (629); *Kühl* Jura 1993, 233 (237); *Seebode* FS-Klug, 1983, 359 (363); *Roxin* StrafverfahrensR<sup>25</sup> (1998), § 31 Rdnr. 14 und *Witzstrock* (o. Fn. 6), S. 72. A.A. *Schöne/Klaes* DÖV 1996, 992 (998); *Pielow* Jura 1991, 482 (486); *Sundermann* NJW 1988, 3192 (3194); LK<sup>11</sup>-*Spendel* § 32 StGB Rdnr. 277.

Rettungsschuss mit der Tötung des Störers einen endgültigen und irreversiblen Zustand intendiert, ist die Foltermaßnahme auf Zeit berechnet. Belegt werden kann ihr Aliudcharakter auch mit der Wertung, die sich aus der Verschiedenartigkeit der Regelungen zur Todesstrafe (Art. 2 EMRK) und zur Folter (Art. 3 EMRK) in der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt<sup>101</sup>. Zu bedenken ist zudem, dass Art. 4 FoK 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<sup>102</sup>. 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 III 1 GG käme niemand auf die Idee, das Merkmal »Jeder« für den Fall des festgenommenen Rechtslehrers oder Bundesrichters teleologisch zu reduzieren. Diese Argumentation fällt also hinter die Einsicht zurück, die der Verfassungsgeber – aus gutem historischen Grund – in Art. 3 I GG formuliert hat. Zuletzt liegt auch der Umkehrschluss aus Art. 115 c II Nr. 1 GG nahe. Wenn der Verfassungsgeber selbst im äußeren Staatsnotfall nur eine derart behutsame Modifikation der Habeas Corpus-Garantien erlaubt, erscheint die Beseitigung ihrer zentralen Gewährleistungen (selbst) im inneren Staatsnotstand unzulässig<sup>103</sup>.

(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*<sup>104</sup> 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 übereinstimmen. 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*.

101 Zu dieser Systematik auch *L/R<sup>24</sup>-Gollwitzer* Art. 3 EMRK/Art. 7 IPBPR Rdnr. 33 und *Kitz* (o. Fn. 65), S. 62. Dies erkennt auch *Brugger* VBIBW 1995, 446 (448); *ders.* Der Staat 35 (1996), 67 (77) ausdrücklich an, versucht diesen Widerspruch dann aber durch die gesetzferne Annahme einer Wertungslücke aufzulösen (dagegen auch *Kretschmer* RuP 2003, 102 [107 f.]).

102 S. *L/R<sup>24</sup>-Gollwitzer* Art. 3 EMRK/Art. 7 IPBPR Rdnrn. 8, 11; *Spirakos* (o. Fn. 73), S. 76, 130 und *Raess* (o. Fn. 21), S. 134.

103 Dazu genauer demnächst *Verf.* (o. Fn. 29), Kap. C IV 2.

104 *Supreme Court of Israel* (o. Fn. 34).

Unter ausdrücklichem Hinweis auf den *Nordirlandfall* des *EGMR*<sup>105</sup> wird dort der Schutz der Menschenwürde bei Vernehmungen betont. Eine Güterabwägung sei selbst in *ticking time bomb*-Situationen nicht möglich:

»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«<sup>106</sup>.

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<sup>107</sup>. 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<sup>108</sup>. Der zu Recht erhobene Einwand gegen die in der Bundesrepublik heute wohl vorherrschende differenzierende Theorie<sup>109</sup> 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<sup>110</sup>.

(b) *Der absolute Schutz vor Folter durch den Menschenwürdegrundsatz*

Ansätze einer teleologischen Reduktion des Verbotes der Folter zu Zwecken der Gefahrenabwehr haben sich im Ganzen als nicht tragfähig erwiesen. Schon die erwähnte *GSS*-Entscheidung des *Israeli Supreme Court* hat aber angedeutet, dass

105 *EGMR*, Urt. v. 18. Januar 1978 (Az. 5310/71, Hudoc-Ref. REF00000091) – *Ireland vs. United Kingdom*, <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>. Nachdenklich müsste Vertreter einer teleologischen Reduktion von Basis-Menschenrechten bereits stimmen, dass sich Großbritannien nicht einmal im Ansatz auf eine teleologische Reduktion des Art. 15 II EMRK im (Staats-)Notstand oder eine Analogie zur Regelung der Todesstrafe in Art. 2 II lit. a EMRK zur Rechtfertigung der umstrittenen Vernehmungstechniken berufen hatte.

106 *Supreme Court of Israel* Urt. v. 6. September 1999 (H.C. 5100/94 u.a.) – *GSS*, Tz. 23, <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/torture.html>.

107 So *Karl* Menschenrechte im Staatsnotstand, in: *Gewalt und Recht*, 1997, 95 (116); *Eb. Menzel* DÖV 1968, 1 (9).

108 Die Erwähnung dieser – für die Entscheidung nicht entscheidungserheblichen – Ausnahme an zwei zentralen Stellen spricht dabei für sich, vgl. *Supreme Court of Israel* (o. Fn. 106), Tz. 35: »Indeed, we are prepared to accept that in the appropriate circumstances, *GSS* investigators may avail themselves of the ›necessity‹ defence, if criminally indicted«.

109 Dafür zuletzt *Welsch* BayVBl. 2003, 481 (487); *Hecker* KJ 2003, 210 (215); *Westenberger* DÖV 2003, 627 (631 f.); *Beaucamp* JA 2003, 402 (405); *SKStGB<sup>7</sup>-Günther* § 34 StGB Rdnr. 17 und *NKStGB<sup>2</sup>-Herzog* § 32 StGB Rdnr. 83, je m.w.N.

110 Ebenso *Kretschmer* RuP 2003, 102 (108). A.A. *Jerouschek/Kölbl* JZ 2003, 613 (620) und *MK-Erb* § 32 StGB Rdnr. 174.

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 dogmatisch zu untermauern.

(aa) Als geklärt darf dabei die Streitfrage zum Grundrechtscharakter des Art. 1 I 1 GG angesehen werden<sup>111</sup>. Art. 1 III GG ist trotz seines problematischen Wortlautes (»nachfolgenden Grundrechte«) nur als Betonung des Bindungspostulates auszulegen. In Art. 142 GG wird Art. 1 GG demgegenüber eindeutig als »Grundrecht« bezeichnet. In der Auslegung des *BVerfG*<sup>112</sup> 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<sup>113</sup>). 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<sup>114</sup> wird im Anschluss an das *Abhörurteil* 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<sup>115</sup>. Die Folter wird daher ohne Rücksicht auf ihren Anlass zum sicheren

111 Ausdrücklich für den Grundrechtscharakter *BVerfGE* 61, 126 (137); *Hufen* JZ 2004, 313 (314 f.); v. *Münch* FS-Rauschnig, 2001, 27 (29); *Sachs<sup>2</sup>-Höfling* Art. 1 GG Rdnr. 5. A.A. *Dreier-Dreier* Art. 1 I GG Rdnr. 72.

112 *BVerfGE* 30, 1 (25). Grundlegend *Nipperdey* Die Würde des Menschen, in: *Die Grundrechte* II, 1968, 1.

113 St. Rspr., vgl. *BVerfGE* 87, 209 (228); *BVerwG* NVwZ 2002, 598 (602); *KG* StV 2002, 122 (123); *OLG Frankfurt* NJW 1997, 1647 (1648).

114 *BVerfGE* 30, 1 (26); v. *Münch* (Fn. 109), 27 (33) und v. *MünchGGK<sup>5</sup>-Kunig* Art. 1 GG Rdnr. 24.

115 Ebenso ausdrücklich *Hecker* KJ 2003, 210 (213) und *Sachs<sup>2</sup>-Höfling* Art. 1 GG Rdnr. 15.

Bestand einer Verletzung der Menschenwürdegarantie gezählt<sup>116</sup>. 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<sup>117</sup> als auch der herrschenden Auffassung im Schrifttum<sup>118</sup>.

Bestätigt wird diese Sichtweise jüngst auch durch die – rechtlich allerdings unverbindliche – Erläuterung des Präsidiums des Konvents zum wortlautidentischen Art. 1 I 1 EUCh. Danach gehört die Würde des Menschen zum Wesensgehalt der in der Grundrechtscharta festgelegten Rechte. Hieraus wird angesichts der Regelung in Art. 52 I EUCh überzeugend gefolgert, dass auch der Menschenwürdegrundsatz der europäischen Grundrechtscharta nicht beschränkbar ist<sup>119</sup>.

(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 Einschränkungsmilieu 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 (Kopplungsthese). Systematisch belege auch die Existenz des Art. 87 a GG die Relativität

116 Siehe aus der Rechtsprechung *BVerfGE* 30, 1 (39) – *diss. vote Geller/v. Schlabrendorff/Rupp* und *OGHSt* 3, 121 (124). In der Literatur zuletzt *J. O. Merten* JR 2003, 404 (406); *Kretschmer* RuP 2003, 102 (107); *Verf. NStZ* 2000, 383 (384); *Lüderssen* (o. Fn. 11), 883 (892); *Hassemer* FS-Coing I, 1982, 493 (524); *ders.* FS-Maihofer, 1988, 183 (202); *NKStGB-Neumann* § 34 StGB Rdnr. 118; *Bernsmann* »Entschuldigung« durch Notstand, 1989, S. 93 f.

117 Besonders deutlich *BVerfGE* 93, 266 (293) und *BVerfG* (1. Kammer des 1. Senats) NJW 2001, 2957 (2959).

118 Zuletzt hervorgehoben von *J. O. Merten* JR 2003, 404 (406); *Welsch* BayVBl. 2003, 481 (484); *Kretschmer* RuP 2003, 102 (108); *Wöfl* NVwZ 2002, 49 (51); *U. Neumann* ARSP 84 (1998), 153 (154); *Roxin* AT I<sup>3</sup> § 16 Rdnr. 85; *Sachs<sup>2</sup>-Höfling* Art. 1 GG Rdnr. 10.

119 So auch *Grabenwarter* DVBl. 2001, 1 (3) und *Th. Schmitz* JZ 2001, 833 (842).

des Menschenwürdeschutzes in Notzeiten<sup>120</sup>. Wegen der Koppelungsthese werde damit im Verfassungsrecht eine Abwägung Würde gegen Würde ebenso möglich wie eine Abwägung Leben gegen Leben. *Lerche*<sup>121</sup> weist in seiner einflussreichen Monographie zum Übermaßverbot ausdrücklich darauf hin, dass »ein und dasselbe Vorgehen, welches in normalen Zeiten eine Verletzung des Art. 1 Abs. 1 darstellen müßte, in Krisenzeiten sich diesem Urteil sehr wohl zu entziehen vermag«. Durch diese Konstruktion wird der Menschenwürdeschutz im Staatsnotstandsfall für Abwägungen präpariert. 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<sup>122</sup>. 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 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<sup>123</sup>.

(*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.<sup>124</sup> 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.

Sonst würde in jedem Verstoß gegen Art. 2 II 1 Var. 1 GG auch ein Verstoß gegen Art. 1 I 1 GG liegen. Dann wäre die systematische Stellung des Art. 1 I 1 GG am

120 So ausdrücklich *Schlehofer* GA 1999, 357 (364).

121 *Lerche* Übermass und Verfassungsrecht, 1961, S. 307 Fn. 192.

122 Dafür vor allem *Brugger* FAZ Nr. 58 v. 10. März 2003, S. 8; *ders.* JZ 2000, 165 (169, 171); *ders.* Der Staat 35 (1996), 67 (80). Ihm folgen im Grundsatz *Wittreck* DÖV 2003, 873 (879 ff.); v. Mangoldt/Klein/Starck<sup>4</sup> Art. 1 Abs. 1 GG Rdnr. 42 und *Jarass/Pieroth*<sup>6</sup> Art. 1 GG Rdnr. 12 mit der Einschränkung: »Ob es allerdings solche Fälle gibt, ist zweifelhaft«.

123 Die Zitate entstammen dem Sachverhalt von *Brugger* VBIBW 1995, 414.

124 Wie hier *Welsch* BayVBl. 2003, 481 (484); *Hecker* KJ 2003, 210 (214) und – trotz grundsätzlicher Annäherung an die Position *Bruggers – Wittreck* DÖV 2003, 873 (882). Für das Problem des polizeilichen Rettungsschusses ebenso bereits *Deger* NVwZ 2001, 1229 (1232), *Seebode* StV 1991, 80 f. und *Weßlaur/Kutscha* ZRP 1990, 169 (171).

Beginn des Abschnittes »Die Grundrechte« aber sinnwidrig. Die Formel vom Lebensrecht als vitaler Basis der Menschenwürde ist zudem auch inhaltlich widerlegbar. 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<sup>125</sup>.

Zuletzt geht auch der Hinweis auf Art. 87 a GG fehl. Nach der Systematik der Verfassung ist Art. 1 I 1 GG entgegen der Ansicht von *Schlehofer* auch im Normbereich des Art. 87 a IV GG anzuwenden<sup>126</sup>. Die Vorschrift bestätigt also gerade im Gegenteil die Absolutheit des innerstaatlichen Menschenwürdeschutzes selbst im äußersten Staatsnotstand. 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.

---

125 Ebenso *Wittreck* DÖV 2003, 873 (878).

126 So auch *Hall* JZ 1968, 159 (161); *Evers* AöR 91 (1966), 1 (35); *Jou* Einsatz von Streitkräften im Inneren, 2000, S. 117 und *Kleiner* Aufgaben und Befugnisse der Streitkräfte im Inneren, 1977, S. 340.