

# Krämerseelen, Bürgerseelen, Folterknechte.

Ist eine rechtsstaatlich gehegte Rettungsfolter möglich?

Hauke Brunkhorst

I

Im 13. Jahrhundert wurde im Zuge der Inquisitionsprozesse die Folter *verrechtlicht*. Diese Verrechtlichungsleistung ist Teil der großen Rechtsreformen des 12. und 13. Jahrhunderts, in denen die Kirche, folgt man den bahnbrechenden Untersuchungen Harold Bermans zur Päpstlichen Revolution, zum ersten modernen Rechtsstaat wurde.<sup>1</sup> Damals wurde auch die Folter rechtsstaatlich normiert und ihre Anwendung durch Recht streng begrenzt. Innere Handlungen, Gesinnungen und Handlungspläne, Wünsche und Absichten waren bis auf zwei scharf umgrenzte, aber spektakuläre Ausnahmen nicht mehr strafbar, und diese Ausnahmen waren *Verrat* und *Ketzerei*.

Gottesurteile, magische Eidesformeln und grausame Torturen der Beweiserhebung und Urteilsfindung wurden im kanonischen Recht verboten und durch so hohe formale Beweisanforderungen ersetzt, dass eine Verurteilung in Strafsachen oft schwierig war. Es gab zwar noch keine formelle Unschuldsvermutung, aber die Beweislast lag fortan bei der Anklage. Ein professioneller Rechtsbeistand wurde zugelassen. Tatbestandsfeststellung und Urteil wurden getrennt, und für vollständige Beweise waren mindestens zwei unabhängige Augenzeugen erforderlich. Zum Königsweg des Strafprozesses wurde das Geständnis. Um – wie es hieß – »verstockte« Zeugen zur Aussage und vor allem, um den oder die »verstockte« Angeklagte zu einem Geständnis zu bewegen, war die Folter in bestimmten Fällen erlaubt, besonders in solchen, in denen es – wie im Fall von Ketzerei und Verrat – um kriminelle Bewusstseinszustände ging.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Berman, Harold: *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt 1991.

<sup>2</sup> a. a. O., 311, 409; Berman, Harold: *Law and Revolution II: The Impact of the Protes-*

Der Einsatz der Folter war streng *normiert*. Angewandt werden durfte sie nur, wenn mindestens ein Augenzeuge und starke Indizien für die Schuld des oder der Beklagten sprachen. Außerdem war das unter Folter erpresste Geständnis nur gültig, wenn es später vor Gericht freiwillig wiederholt wurde.<sup>3</sup> Widerrief der Angeklagte, wurde er erneut der Tortur unterzogen, und wenn er oder sie erneut gestand, war auch im zweiten Durchgang das »freiwillige« Geständnis zur Verifikation erforderlich. Darin kam nicht nur zum Ausdruck, dass man schon damals der Folter als Mittel der Wahrheitsfindung misstraute, sondern auch ein anderer, mindestens so wichtiger Zweck der Torturen. Sie sollten dem Schuldigen ermöglichen, durch subjektives Eingeständnis, Widerruf und Umkehr zur objektiven Wahrheit (des Christentums) und Annahme der irdischen Leibesstrafe die unsterbliche Seele vor ewiger Verdammnis zu retten.<sup>4</sup> Die Folter war in den Inquisitionsprozessen des 13. und 14. Jahrhunderts *rechtsstaatlich normierte Rettungsfolter* – und das war trotz der verschärften Verfolgung und gleichzeitig eingeführten Todesstrafe für Ketzerei ein bedeutender Rechtsfortschritt.

## II

Das erinnert an die heutige Debatte, in der es auch um Verrechtlichung der Folter bei gleichzeitiger Verfolgungs- und Strafverschärfung für Terroristen, Schwerstkriminelle, organisiertes Verbrechen, Hangtäter geht. Während der konservative Heidelberger Staatsrechtler Winfried Brugger schon lange vor dem 11. September 2001 (und als erster deutscher Jurist unter dem Grundgesetz) die Einführung der Rettungsfolter in Fällen von Kindesentführung und terroristischer Erpressung vorschlug, reagierte sein liberaler amerikanischer Kollege Alan Dershowitz erst auf die unmittelbar nach dem 11. September einsetzende Folterpraxis amerikanischer Behörden, um einerseits ihre rechtsstaatliche

---

*tant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge MA 2006, II, 133; vgl. a. Ullmann, Walter: »Reflections on Medieval Torture«, in: *Judicial Review* 1944, 56, 123–137; Langbein, John H.: *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago 1977.

<sup>3</sup> Berman 2006, 133.

<sup>4</sup> Berman 2006, 135.

Einhegung zu verlangen, sie andererseits als solche dann auch zu rechtfertigen.<sup>5</sup> Winfried Brugger ist längst nicht mehr der einsame Rufer in der Wüste. Der Bonner Verfassungsrechtler Matthias Herdegen hat im einflussreichen Grundgesetzkommentar Maunz-Dürig die abwägungsresistente Grenze zur Barbarei des Dritten Reiches von der dann offenbar zivilisierten und abwägbaren Rettungsfolter zumindest implizit gezogen, nachdem er in einer früheren Fassung des Kommentars sogar schon versucht hatte, die Folter »in eng begrenzten Ausnahmefällen« für grundgesetztauglich zu erklären.<sup>6</sup> Etwas verklausulierter, aber in der Sache entschiedener, hat der ebenfalls Bonner Verfassungsrichter Udo Di Fabio zwar das absolute Folterverbot des Grundgesetzes bekräftigt, aber gleichzeitig gefordert, den Würdeschutz des Art. 1 GG bei Taten, die mit dem »christlichen« »Menschenbild« »schlechterdings nicht vereinbar« seien, zu relativieren.<sup>7</sup> Im Festhalten am absoluten Folterverbot bei gleichzeitiger Derogation für bestimmte Tätergruppen spiegelt sich Carl Schmitts Kontamination des Verfassungsrechts durch die politische (und *politisch* auch sehr brauchbare) Unterscheidung von Freund und Feind.<sup>8</sup>

Wie einst den kanonischen Juristen, so geht es auch heutigen Folterbefürwortern immer noch um *rechtsstaatlich gehegte Rettungsfolter*. Sie wollen freilich nicht mehr das ewige Leben und die unsterbliche Seele, sondern das sterbliche Dasein und die verwundbare Psyche der

<sup>5</sup> Brugger, Winfried: »Würde gegen Würde«, in: *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg* 1995, 414 ff.; Brugger, Winfried: »Darf der Staat ausnahmsweise foltern?«, in: *Der Staat* 1996, 67 ff.; Brugger, Winfried: »Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?«, in: *Juristenzeitung* 2000, 55, 165–173; Brugger, Winfried: »Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung«, in: *FAZ* vom 10.03.2003; Dershowitz, Alan: »Should the Ticking Bomb Terrorist be tortured? A case Study in how a Democracy should make tragic Choices«, in: Dershowitz, A.: *Why Terrorism works*, Yale 2002, 131, 164; kritisch jüngst: Hong, Matthias: »Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte – eine verfassungsjuristische Betrachtung«, in: Beestermöller, G./ Brunkhorst, H. (Hg.): *Rückkehr der Folter – Der Rechtsstaat im Zwielicht*, München, 2006, 24–35; vgl. a.: Denninger, Erhard: »Rechtsstaat oder rule of law?«, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, 41 ff.

<sup>6</sup> Herdegen, Matthias: »Art. 1 Abs. 1 GG«, in: Maunz, T./Dürig, G.: *Grundgesetz-Kommentar*, 44. Lfg., München 2005, RN 43; Herdegen in der Erstfassung des Kommentars 2003; kritisch: Hanschmann, Felix: »Kalkulation des Unverfügbaren. Das Folterverbot in der Neu-Kommentierung von Art. 1. Abs. 1 GG im Maunz-Dürig«, in: Beestermöller/Brunkhorst 2006, 130–141.

<sup>7</sup> Di Fabio, Udo: »Grundrechte als Werteordnung«, in: *Juristenzeitung* 2004, 1 ff., 5 f.

<sup>8</sup> Dazu sogleich.



möglichen Opfer von Terror und Gewalt retten. Sie wollen nicht mehr im Namen objektiver (Glaubens-)Wahrheit foltern, sondern um die profane Menschenwürde der Opfer zu schützen. Das sind im Horizont des demokratischen Rechtsstaats ebenso gut legitimierte *Ziele* wie es die Seelenrettung im Horizont des kanonischen Rechts einst war. Aber damals war die Folter ohnehin erlaubt, und es ging um ihre rechtliche Einschränkung, heute hingegen geht es um ihre Re-Legalisierung, bestenfalls (und so wird in den USA bisweilen pragmatisch argumentiert) um die Legalisierung (und damit öffentliche und demokratische Kontrolle) öffentlichkeitsscheuer illegaler Praktiken von Geheimdiensten und Behörden, die sich anders vielleicht gar nicht mehr eindämmen lassen.

Aber auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob das damalige *Mittel*, die rechtsstaatlich normierte Folter, noch mit einer Verfassung vereinbart werden kann, die demokratische Selbstbestimmung mit individuellen Menschen- und Bürgerrechten integriert? Kann die Würde (Art. 1 GG) des Gefolterten noch gewahrt werden, wenn das Gesetz dem Gefolterten keine objektive Aussicht auf ewiges Leben, keinen Trost und kein Telos mehr versprechen kann? Nur dann nämlich bliebe zumindest dessen innerste Würde durch körperliche Misshandlung »unangetastet« (Art. 1 Abs. 1, Satz 1 GG). Und hält das Demokratieprinzip des Art. 20 GG, an das weder der päpstliche Gesetzgeber noch die Juristen des 13. Jahrhunderts gebunden waren, der Folter stand? Zusammen mit der Würdegarantie wird das Demokratieprinzip vom Grundgesetz im Art. 79 Abs. 3 für änderungsfest und damit notstandsresistent erklärt. Das heißt nicht, dass die in Art. 1 und 20 GG normierten, obersten Rechtsprinzipien nicht – wie jedes positive Recht – *unter bestimmten Voraussetzungen* derogierbar sind. Aber ihre Derogation wäre »ein Grundrechtseingriff von einzigartiger Intensität«, der die Verfassung im Ganzen verändern würde.<sup>9</sup> Weder durch einfache Gesetzes- noch durch Verfassungsänderung dürfen deshalb Würdegarantie und Demokratieprinzip angetastet werden. »Eine neue Verfassung braucht, wer sie antasten will.«<sup>10</sup> Der einzige Weg zur Änderung von Würdegarantie und Demokratieprinzip, den die Verfassung selbst noch weist, ist die Anwendung der Schlussbestimmung des Grundgesetzes. Ein Fall für Artikel 146. Aber auch dann stellt sich noch die Frage, ob

<sup>9</sup> Hong 2006.

<sup>10</sup> Hong 2006, 26.

der verfassungsgebende Gesetzgeber des Art. 146 Würdegarantie und Demokratieprinzip noch in Übereinstimmung mit geltendem Völkerrecht antasten kann. Zumindest, was die Würdegarantie und den Menschenrechtskern betrifft, ist das höchst zweifelhaft.<sup>11</sup>

### III

Zu den ersten modernen Menschenrechten, die den Weg zum demokratischen Rechtsstaat geöffnet haben, gehörte die Abschaffung von Folter und Sklaverei. Das ist kein Zufall, denn Folter und Sklaverei vernichten weder das sterbliche Leben des Menschen noch stürzen sie das unsterbliche derer, die dran glauben, in ewige Höllequal, ist der Erlösergott im Zeichen des Kreuzes doch gerade für die (aus welchen Gründen auch immer) Gemarterten zuständig. Was Folter und Sklaverei vernichten, ist ein in demokratischen Verfassungen höheres *Rechtsgut* als irdisches oder ewiges Leben. Schon als die rechtsstaatlich gehegte Rettungsfolter vor rund 800 Jahren eingeführt wurde, galt als Ideologie und als psychische Wirklichkeit, dass das irdische Leben nicht der Güter höchstes ist, und das wussten die Folterknechte aller Zeiten nur zu genau. An die Stelle des damals fraglos akzeptierten höchsten Gutes ewigen Lebens ist im Horizont des westlichen Verfassungsstaats (der heute kein westlicher mehr ist) aber nicht das irdische *Leben*, sondern die *egalitäre Freiheitsidee* getreten, die eine (privat und öffentlich) *selbstbestimmte Bürgerschaft* konstituiert.<sup>12</sup> Das *Grundgesetz* normiert die egalitäre Freiheit doppelseitig, einmal individuell als »unantastbare« »Würde« (Art. 1) »quälbarer Körper« (Brecht)<sup>13</sup>, das andere mal bürgerschaftlich als Volkssouveränität (Art. 20). Ein Gesetz, das die selbstbestimmte Rechtssubjektivität eines beliebigen Rechtsadressaten verletzt, darf das an die Verfassung gebundene Parlament nicht

<sup>11</sup> Peters, Anne: »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 2006, 19, 519–610; Oeter, Stefan: »Jus cogens und der Schutz der Menschenrechte«, in: Breitenmoser, S./Ehrenzeller, B./Sassòli, M./Stoffel, W./Wagner-Pfeiffer, B. (Hg.): *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat*, Baden-Baden 2007, 499–521; Emmerich-Fritsche, Angelika: *Vom Weltrecht zum Völkerrecht*, Berlin 2007, 493 ff., 706 f.

<sup>12</sup> Lepsius, Oliver: »Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland«, in: *Leviathan* 2004, 1, 64–88, 84.

<sup>13</sup> Vgl. a. Adorno, Theodor W.: *Negative Dialektik*, Frankfurt 1966, 279.

beschließen, und deshalb gibt es in Deutschland auch kein Gesetz, das Folter und Sklaverei als Grundrechtseingriff legalisiert, und der Art. 79 (3) schützt Würdegarantie und Demokratieprinzip auch nach jedem Eingriff des verfassungsändernden Gesetzgebers.

Die Würdegarantie ist freilich – wie das Demokratieprinzip – eine sehr *allgemeine*, in hohem Maße konkretisierungs- und auslegungsbedürftige Norm, die für sich genommen nicht viel verbietet und deshalb heute so und morgen ganz anders ausgestaltet werden könnte. Betrachtet man den Art. 1 GG isoliert, hätte Brugger möglicherweise Recht, wenn er behauptet, Art. 1 ließe sich vorrangig als staatliche Schutzpflicht verstehen, und zu deren Ausgestaltung sei dann auch die gesetzlich hoch konditionierte Rettungsfolter eine verfassungskonforme Möglichkeit einfacher Gesetzgebung. Das Grundgesetz hat der allgemeinen Würdegarantie jedoch, um genau diese Möglichkeit auszuschließen, das absolute, also abwägungs- und notstandsfeste Verbot aller staatlich angeordneten Formen »körperlicher« und »seelischer« Misshandlung im Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG als *spezielle Norm* zur Seite gestellt. Sie spezifiziert den Würdeschutz und verbietet auch einen Würdeschutz, der gegen sie verstößt. Ihr gegenüber muss die allgemeine Schutzpflicht, die der Staat für das Leben nicht nur seiner Bürger, sondern aller Menschen in seinem Hoheitsbereich hat, zurücktreten.<sup>14</sup> Der Art 104 legt eine vorrangig abwehrrechtliche Deutung des Würdeschutzes ebenso nahe wie schon dessen nähere Bestimmung durch die Bindung aller Staatsgewalt an die dem Art. 1 »nachfolgenden Grundrechte« (Art. 1, Abs. 3). Der Schutz *vor* dem Staat bricht, wenn es um die Würde geht, den entgegenstehenden *Schutz* durch den Staat.

Im geltenden *Völkerrecht*, das auch den Verfassungsgeber einschränkt und dem das Grundgesetz sich ohnehin durch seine Öffnungsklauseln unterworfen hat, ist aus dem einfachen Verbot von Folter und Sklaverei an der Schwelle des 21. Jahrhunderts absolutes, abwägungsresistentes und notstandsfestes positives Recht geworden, das als völkerrechtliches *jus cogens* eine überstaatlich zwingende Norm darstellt, die alle Staaten *unabhängig von ihrer Einwilligung* bindet und sie verpflichtet, es zu achten, zu implementieren und durchzusetzen.<sup>15</sup> Die *jus cogens*-Normen binden als Staatengemeinschaftsnormen nicht nur die jeweiligen Unterzeichnerstaaten bilateral, sondern die

<sup>14</sup> Hong 2006.

<sup>15</sup> Zuletzt: Oeter 2007.



»gesamte Staatengemeinschaft«. <sup>16</sup> Ein Staat, der diese Normen verletzt, zu denen neben den ganz zentralen und absolut geächteten Verstößen gegen das Folter- und Sklavereiverbot auch das Verbot willkürlichen Freiheitsentzugs, willkürlicher Tötung und unmenschlicher Behandlung zählen, verletzt eine Verpflichtung *erga omnes*, und die gesamte Staatengemeinschaft ist damit befugt, die Einhaltung dieser Normen einzufordern. <sup>17</sup> Das Folterverbot ist also für alle Organe des globalen Systems staatlicher Gewalten unverfügbar. Wer es (wie in Guantamano) massiv und systematisch verletzt, begibt sich in den auch völkerstrafrechtlich verfolgungspflichtigen Bereich der »Verbrechen gegen die Menschlichkeit«. <sup>18</sup> *Jus cogens*-Normen des Völkerrechts dulden keine Ausnahmen. Sie sind notstands- und derogationsfest, also »in jeder Situation zwingend«. <sup>19</sup> Sie begründen darüber hinaus mittlerweile sogar einen universellen Verfolgungsanspruch, der auch durch die Staatenpraxis im Fall Pinochet bestätigt bekräftigt worden ist. <sup>20</sup> Verträge, die *jus cogens* Normen widersprechen, sind seit der Wiener Vertragskonvention von 1969 (sogar rückwirkend) nichtig (Art. 53, Satz 2, Art. 64 WVK).

#### IV

Nicht nur mit Menschenwürde und Menschenrechten ist Folter und Sklaverei auf allen Stufen der globalen Rechtsordnung absolut inkompatibel, sie ist es auch mit dem *Demokratieprinzip*. Das ergibt sich nicht nur aus der wechselseitigen Bedingtheit von Demokratie und Menschenrechten, die wie zwei Seiten derselben Medaille eine unauflösliche Einheit bilden, <sup>21</sup> sondern auch schon aus dem Demokratieprinzip selbst.

Menschenrechte sollen die gleiche individuelle Freiheit aller

<sup>16</sup> Oeter 2007, 501.

<sup>17</sup> Oeter 2007, 502; Frowein, Jochen: »Die Verpflichtung *erga omnes* im Völkerrecht und ihre Durchsetzung«, in: Bernhardt, R. u. a. (Hg.): *Völkerrechtliche Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte*, Berlin 1983, 241 ff.

<sup>18</sup> Becker, Astrid: *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit*, Berlin 1996.

<sup>19</sup> Oeter 2007, 509, mit weiterer Literatur.

<sup>20</sup> Oeter 2007, 518.

<sup>21</sup> Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt 1992; ähnlich: Maus, Ingeborg: *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt 1992.

menschlichen Rechtsadressaten<sup>22</sup> in einer wechselnden und offenen Reihe von Hinsichten (Erst-, Zweit-, Dritt- ... Dimensionsrechte) gewährleisten, und zwar nicht nur um ihrer selbst willen, sondern auch um das Verfahren öffentlicher Selbstgesetzgebung, also demokratische Politik zu ermöglichen.<sup>23</sup> Umgekehrt haben Menschenrechte ohne demokratische Verfahren ihrer normativen Interpretation, Ausgestaltung und Umsetzung kaum einen Wert, weil sie des einzigen Mittels ihrer *egalitären Ausgestaltung*, nämlich der gleichen Autorschaft aller Rechtsadressaten, entbehren würden. Die Menschenrechte verlangen also schon von sich aus, als streng egalitäre Rechte, demokratische Verfahren ihrer gesetzlichen Ausgestaltung.

Die demokratische Verfassung verbietet Folter aber nicht nur, weil sie unmittelbar geltenden Menschenrechten entgegenstehen, sondern auch, weil Folter demokratische Gesetzgebung prinzipiell unmöglich macht. Ihre gesetzliche Anwendung würde das Demokratieprinzip aushebeln. Denn alles, was ein demokratischer Gesetzgeber beschließt, um durch Freiheitseingriffe Sicherheit zu garantieren, darf niemals den *Status der betroffenen Rechtsadressaten als Koautoren des Gesetzestextes*, von denen »alle Staatsgewalt« gemäß Art. 20 Abs. 2 GG ausgehen und direkt oder durch Vertretungskörperschaften »ausgeübt« werden soll, aufheben oder auch nur einschränken.<sup>24</sup>

Die demokratische Verfassung schreibt aus diesem Grund die *Re-*

<sup>22</sup> Da es in allen Dimensionen der Freiheitsrechte immer um Dimensionen gleicher Freiheit geht, hat Kant Recht, wenn er behauptet, es gäbe ursprünglich »nur ein einziges« Menschenrecht (für Kant noch: »angeborenes Recht«), aus dem alle andern abgeleitet seien: »Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht. – Die angeborene Gleichheit, d. i. die Unabhängigkeit, nicht zu mehreren von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität eines Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein.« (Kant, Immanuel: *Metaphysik der Sitten*, Werke VIII, Frankfurt 1977, 345 (AB 45). Alle Rechte im Einzelnen, von denen Kant einige aufzählt (Eigentum, Handlungsfreiheit, Meinungsfreiheit) »liegen«, sagt er, »schon im Prinzip der angeborenen Freiheit und sind wirklich von ihr nicht (als Glieder der Einteilung unter einem höheren Rechtsbegriff) unterschieden.« (a. a. O., 345 f.).

<sup>23</sup> Habermas 1992.

<sup>24</sup> Vgl. a. Brunkhorst, Hauke: »Folter, Würde und repressiver Liberalismus«, in: Beestermöller/Brunkhorst 2006, 88–100; Beestermöller, Gerhard: »Kehrt der Leviathan zurück? Der Terrorismus fordert die freiheitliche Demokratie heraus«, in: *Herder Korrespondenz* 2007, 61, 7, 335–339.



*lativierung der Sicherheit an der Freiheit* vor, und sie verbietet umgekehrt die Relativierung der Freiheit an der Sicherheit. Sicherheit ist fundamental für die Ausübung der Freiheitsrechte, aber sie findet ihre Grenze an dem zu schützenden Grundrecht. Eine demokratische Rechtsordnung, die auch der »Rettungsfolter« kein rechtliches Schlupfloch lässt, »verschláft nicht die Möglichkeit eines Ausnahmezustands, sie weigert sich nur«, so die Verfassungsrichterin Gertrude Lübbe-Wolff, »für diesen Fall die Aufhebung ihrer selbst anzubieten.«<sup>25</sup>

## V

Die Debatte um die Folter trifft das politische, juristische und philosophische Selbstverständnis der »westlichen Rechtstradition« (Berman) in Herz. Auf der einen Seite dieser Debatte stehen – wie vor kurzem in der Kontroverse um den Irak-Krieg – die Anhänger Immanuel Kants und Hans Kelsens, auf der andern diejenigen von Thomas Hobbes und Carl Schmitt. Die einen machen einen *emanzipatorischen*, die andern einen *repressiven* Rechtsbegriff stark. In ersten Fall ist das Recht mit Hegel das *Dasein der Freiheit*, im andern ein Instrument ordnungsstiftender Herrschaft: das *Dasein der Staatssicherheit*.

Während in der Lehre von Hobbes und seinen Nachfolgern das Recht teleologisch dem *Friedenszweck* politischer Herrschaft *untergeordnet* und nur *negativ, äußerlich und instrumentell* auf die individuelle und politische Freiheit der Rechtsgenossenschaft bezogen, Recht also wesentlich *Freiheitsschranke* und *Freiheitsbegrenzung* ist, wird Recht bei Kant und in den demokratischen Verfassungen, die aus der Französischen und Amerikanischen Revolution hervorgegangen sind, *intern* als *Ermöglichungsbedingung individueller und politischer Selbstbestimmung* verstanden. Die in der Hobbesschen Traditionslinie favorisierte, repressive Rechtsidee begründet in Verbindung mit der (höherstufigen) *konstitutionellen Begrenzung von Herrschaft durch Recht* zwar einen *liberalen Rechtsstaat*, aber noch keine *menschenrechtliche Demokratie*. Konsequenterweise durchgeführt, schließen repressive

<sup>25</sup> Lübbe-Wolff, Gertrud: »Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes«, in: *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1980, 110–125, 125.

und emanzipatorische Rechtsidee einander aus. Zwar schränkt mich auch das Recht, an dessen Erzeugung ich partizipiert habe, ein, aber diese Einschränkung muss so beschaffen sein, dass sie *als* Einschränkung individuelle und politische Autonomie ermöglicht, stiftet oder begründet (und insofern gerade *nicht* beschränkt). Nur dann ist sie mit einer herrschaftsbegründenden, also demokratischen Verfassung kompatibel. Die Einschränkungen sind hier nur dazu da, den gleichen Zugang aller Rechtsunterworfenen zu privater oder öffentlicher Normerzeugung und Umsetzung zu gewährleisten. Umgekehrt schließt auch der friedenssichernde liberale Rechtsstaat Demokratie und Menschenrechte als Form politischer Herrschaft nicht aus, ordnet ihren Bestand aber konsequent dem Friedens- und Selbsterhaltungszweck des Staates unter und verlangt im Zweifelsfall (»Ausnahmestand«) – auch normativ – ihre Substitution durch autoritäre Herrschaft.

Im Kantischen Modell ist Recht nicht mehr wie bei den Hobbesianern *Mittel* in der Hand einer *vorrechtlichen Ordnungsmacht* (Leviathan, Herrscher, Staat), sondern gleichzeitig Produkt *und* Bedingung politischer und individueller Autonomie.<sup>26</sup> *Produkt* – denn es geht (normativ) ausschließlich aus egalitären Prozeduren öffentlicher Gesetzgebung und konsensuellen Vereinbarungen (Verträge) hervor. *Bedingung* – denn die (jeweils selbst gesetzte) Verfassung muss den Beratungs- und Entscheidungsprozess so normieren, dass die gleiche Berücksichtigung und Beteiligung einer und eines jeden Rechtheadressaten auf allen Stufen der Normerzeugung und Konkretisierung gewährleistet ist. Beides hängt eng zusammen. Egalitäre Entscheidungsverfahren setzen nicht nur voraus, dass alle intersubjektiv mehr oder minder zwingenden Gründe, die für oder gegen eine Entscheidung sprechen, zu Wort kommen können, sondern auch, dass am Ende nicht die Gründe, sondern die grundlosen Stimmen vereinzelter Willenssubjekte, die durch Gründe zwar motiviert, aber nicht gebunden werden, zählen. Umgekehrt kann jeder, der vor Gericht zieht, das Gericht willkürlich nötigen, seinen wie immer idiosynkratischen Fall im Lichte des Gesetzestextes zu interpretieren. Aber vor Gericht muss er oder sie sich dann fragen lassen, welche Gründe er/sie hat, und muss sich, ob er/sie will oder nicht, gefallen lassen, mit der kooperativen Prüfung strittiger Gründe in den permanenten Kreisprozess demokratischer Selbstgesetzgebung, in dem Politik und Recht ebenso wie Deliberation

<sup>26</sup> Möllers, Christoph: *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005.

und Dezision sich vielstufig verschränken, hineingezogen zu werden. Denn am Ende des Prozesses soll eine Norm stehen, die auf ihren jeweiligen Einzelfall passt *und* gleichzeitig als konkrete Vollzugsnorm demokratisch legitimiert ist.<sup>27</sup> Nur dann verwirklicht sich im konkreten Rechtsvollzug die abstrakte Verfassungsnorm, die verlangt, alles Recht der egalitären Selbstbestimmung zu unterwerfen.

Im Staat der repressiven Rechtsidee, der auch schon bei Hobbes *in nuce* ein liberaler Rechtsstaat ist,<sup>28</sup> kann und darf der Staat aber nicht in allen seinen Äußerungen (Rechthandlungen) der *selbstbestimmten Würde* des Einzelnen und der *politischen Autonomie* der Rechtsgenossenschaft *unterworfen*<sup>29</sup> werden, sondern hat im *Leben und Überleben* des Einzelnen und des im Staat organisierten Kollektivs sein Telos. Ist das Leben bedroht, darf (und muss) die Würde verletzt und die Demokratie beiseite geschoben werden. Das ist der Punkt, in dem repressive und emanzipatorische Rechtsidee einander kontradiktorisch entgegengesetzt sind. In letzter Instanz ist dem Staat in seinem Streben nach Selbsterhaltung und Sicherheit alles erlaubt, was diesen Zwecken dienlich ist.<sup>30</sup> Das aber würde eine Verfassung voraussetzen, die nicht mehr die des Grundgesetzes ist.

## VI

Einiges spricht dafür, dass sich nicht nur in Amerika, sondern auch mitten im alten Europa gegenwärtig ein Verfassungswandel vollzieht, an dessen Ende eine neue Verfassung stehen könnte, in der Norm- und Maßnahmestaat, Friedens- und Kriegsrecht sich nach Hobbesschem und Carl Schmittschem Muster wechselseitig voraussetzen. An die

<sup>27</sup> Zur (lückenhaften) Verschränkung von demokratischer Legitimation und juristischer Methode im Europarecht und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: Müller, Friedrich/Christensen, Ralph: *Juristische Methodik II: Europarecht*, Berlin 2003.

<sup>28</sup> Brunkhorst, Hauke: *Einführung in die Geschichte politischer Ideen*, München 2000, 179ff.

<sup>29</sup> Der Gesichtspunkt der Unterwerfung und die Differenz von Demokratie und Konstitutionalismus scharf herausgearbeitet bei: Jesch, Dietrich: *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961.

<sup>30</sup> Darüber kommt auch der hochreflektierte und sprachanalytisch geschulte Regelutilitarismus nicht hinaus, siehe nur in der leider kaum geführten Debatte um das Luftsicherungsgesetz: Merkel, Reinhard: »Wenn der Staat Unschuldige opfert«, in: *DIE ZEIT* 8. Juli 2004, 33–34.



Stelle der Demokratie als Verfassungsvoraussetzung wäre der Krieg getreten.

Während hierzulande noch diskutiert und gelegentlich Amtshilfe im Namen transatlantischer Brüderlichkeit geleistet wird, sind in Amerika die Exekutiv- und Legislativorgane längst praktisch tätig geworden. Dort werden Gerichtsurteile, die das Folterverbot bekräftigen, inzwischen durch eine Gesetzgebung aufgehoben, die zwar noch nicht so weit geht, die Folter ausdrücklich zu legalisieren, ihrer illegalen Anwendung durch Amtsträger aber kaum noch rechtlich wirksame Schranken setzt. Aber auch in Europa und in der deutschen Sicherheits- und Antiterrorgesetzgebung und -rechtssprechung wird Sicherheit längst nicht mehr gegen individuelle Grundrechte (nach dem Muster Verkehrssicherheit vs. Bewegungsfreiheit im Autoverkehr) abgewogen, sondern hat sich, wie zuletzt Oliver Lepsius gezeigt hat, zu einem *objektiv-rechtlichen Gut* letzter Instanz verselbständigt, in dessen Ausgestaltung der Gesetzgeber kaum noch verfassungsmäßigen Beschränkungen unterliegt. In der Folge bricht die Begrenzung der grundrechtlichen Eingriffsermächtigung durch den Zweck der gesetzlichen Freiheitsverwirklichung weg, und an dessen Stelle tritt die Staatssicherheit, um sich zum Maß aller Freiheitsrechte aufzuschwingen.<sup>31</sup> Hobbes triumphiert über Kant.

Mit der Relativierung der Freiheitsrechte an der Sicherheit gerät auch die freiheitskonstitutive Gleichheit ins Rutschen. Mit dem schlichten Argument, gegen *Feinde der Grund- und Menschenrechte seien die Menschenrechte nicht anwendbar*, hat ausgerechnet Sir Tony Giddens, der von Tony Blair geadelte, linksliberale Soziologe der zweiten Moderne, das Antiterrorpaket der Blair-Regierung nach dem 11. September 2001 vor dem englischen Oberhaus verteidigt. Widersprochen hat ihm damals nur eine als Menschenrechtsaktivistin bekannte, altadlige Herzogin.<sup>32</sup> So verkehrt sich im Bann von Terror und Antiterror die Welt.

Deutsche Juristen haben die zur englisch-amerikanischen Praxis passende Theorie des Feindstrafrechts gleich nachgeliefert. So schlägt ein weiterer Bonner Jurist, der Strafrechtler und bedeutende Rechts-

<sup>31</sup> Lepsius 2004; ähnlich: Frankenberg, Günther: »Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts«, in: Beestermöller/Brunkhorst 2006, 55–68.

<sup>32</sup> *International Harold Tribune* 2003.

philosoph Günther Jakobs, vor, Geltung und Genuss der Bürger- und Menschenrechte an eine »kognitive Mindestgarantie« für die »Behandlung« eines »Individuums« als »Person« binden. Nicht erfüllt werde diese Mindestgarantie von Hangtättern, Berufsverbrechern und Terroristen. Sie haben das bürgerschaftliche Binnenverhältnis verlassen, und im Außenverhältnis gegen prinzipielle Feinde der Rechtsordnung verbiete sich die Anwendung des »Bürgerstrafrechts«. <sup>33</sup> Der Terrorist habe seinen Anspruch, als Person behandelt zu werden, verwirkt und existiere rechtlich nur noch als rechtloses Individuum im Naturzustand, wie Jakobs mit Berufung auf Hobbes schreibt. <sup>34</sup> Deshalb *dürfe*, so Jakobs ausdrücklich, der Staat den Hangtäter oder Terroristen auch »nicht mehr als Person behandeln«. An die Stelle des »Bürgerstrafrechts«, das die gleichen Rechte eines Jeden und gerade auch des Täters schützt, solle ein rein instrumentelles »Feindstrafrecht« treten. Das »justizförmige« müsse sich zu diesem Zweck in ein »kriegsförmiges Strafverfahrensrecht« verwandeln. <sup>35</sup> Aus der Rechtsnorm wird bei Jakobs eine instrumentelle Maßnahme, um den »Feind« zu »bekriegen« und zu besiegen, aus gleichen Rechten wird ein schneidig formuliertes Privileg des Siegers, das seine Herkunft aus Carl Schmitts notstandsnaher Souveränitätstheorie gar nicht erst verbirgt und schneidig formuliert: »Wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was die Norm ist.« <sup>36</sup>

Es ist schwer zu sehen, wie Jakobs Konstruktion eines Feindstrafrechts, das die universelle Menschenwürde und das inklusive Demokratieprinzip an der staatlichen Selbsterhaltung relativiert, noch mit dem Grundgesetz vereinbar sein soll. Einen Staat *vor* der Verfassung, der seine Bürger auch dann noch auf dessen Selbsterhaltung verpflichten könnte, wenn die Verfassungsordnung nicht mehr existiert, kennt das Grundgesetz, kennen auch die strikt auf deren Rahmen verpflichteten Notstandsgesetze nicht. Normativ gibt es keinen »von der Verfassungsordnung distinkten Staat.« <sup>37</sup> Das Verfassungsmodell des de-

<sup>33</sup> Jakobs, G.: »Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht«, in: *HRRS* 2004, 3, 88–95, 89 ff. u. 93.

<sup>34</sup> a. a. O. Zur polemischen Abgrenzung personaler Bürgerschaft von individuellem Menschsein grundsätzlich: Jakobs, G.: *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin 1999, 5, 43 f., 56 ff., 109 ff.

<sup>35</sup> Jakobs 2004, 93.

<sup>36</sup> Jakobs 2004, 95. Das ist eine für das positive Völkerrecht spätestens seit 1648 ziemlich gewagte These.

<sup>37</sup> Möllers, C.: *Staat als Argument*, München 2001, 263.

mokratischen Staats kennt, so Adolf Arndt, nur soviel Staat, »als seine Verfassung zum Entstehen bringt.«<sup>38</sup> Das Argument des Feindstrafrechts kehrt diesen normativen Vorrang der Verfassung um und greift, ganz in der Tradition des deutschen Staatswillenspositivismus des 19. Jahrhunderts,<sup>39</sup> auf einen vorgeblich »rechtsfreien Staat«<sup>40</sup> zurück, der als »argumentative Notstandsreserve« hinter dem Recht bereitsteht,<sup>41</sup> um »von ihm gewährte Rechtspositionen wieder zurückzurufen«.<sup>42</sup> Der autoritäre Leviathan als Bedingung der Möglichkeit des demokratischen Staats. Dieser Staat hinter dem Recht ist, wie Ernst Forstthof in seinem letzten Buch Anfang der 1970er Jahre der laschen Bundesrepublik zum (jetzt offenbar angenommenen) Erbe hinterließ, nur dort ganz *Staat*, wo er ohne das leichte »Gewand« eines »rechtsstaatlichen Normativsystems« erscheint.<sup>43</sup> Nur »dort«, so Forstthof, »wo Regierung und Verwaltung ohne den Vollzugsbefehl des Gesetzes auftreten, sind sie ›der Staat‹ und nichts weiter.«<sup>44</sup> Wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was die Norm ist. Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.

In einer Linie, die von Hobbes über Hegel, den Staatswillenspositivismus, Carl Schmitt und Forstthof bis Jakobs reicht, wird das Verhältnis von Staat und Bürger von vornherein asymmetrisch konstruiert. Jakobs geht sogar noch mit Hegel über Hobbes hinaus, wenn er nicht nur die, aus dem *selbstinteressierten symmetrischen Begünstigungsvertrag* der – wie er sagt – »Krämerseelen« allererst hervorgehende, also von den Krämerseelen immerhin *selbst erzeugte* Asymmetrie von Staat und Bürger in die *einsichtige Unterwerfung* der subjektiv

<sup>38</sup> Arndt, Adolf: »Umwelt und Recht«, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1963, 25.

<sup>39</sup> Brunkhorst, Hauke: »Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus«, in: *Leviathan* 2003, 3, 362–381.

<sup>40</sup> Möllers, C.: »Skizzen zur Aktualität Georg Jellineks«, in: Paulsen, S. L./Schulte, M. (Hg.): *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk*, Tübingen 2000, 155–171, 165. Paul Laband definiert den exekutiven Innenraum des Staates, in dem der Staat nicht in rechtlich normierbare Verhältnisse zu Bürgern oder andern Staaten tritt, sondern mit sich und seinen Beamten, Bediensteten, Budgets und Kolonien allein ist, deshalb ausdrücklich als Sphäre des »Nicht-Rechts«, dazu: Jesch, Dietrich: *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961, 90.

<sup>41</sup> Möllers 2001, S. 261.

<sup>42</sup> Möllers 2000, 165.

<sup>43</sup> Forstthoff, Ernst: *Der Staat der Industriegesellschaft – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München 1971, 44.

<sup>44</sup> a.a.O., 105.



vernünftigen Individuen des Naturzustands unter den vorgängigen und objektiv vernünftigen Staat (als dem sterblichen Gott) zurückverlegt. Erst dadurch werden aus natürlichen Individuen soziale Personen, und aus »Krämerseelen« werden »Bürgerseelen«.<sup>45</sup> Der Staat wird nicht mehr, wie noch bei Hobbes und Kant, von seinen Bürgern durch Vertrag oder Verfassung (fiktiv oder real) selbst erzeugt, sondern ist als Verkörperung höherer Wahrheit immer schon da. Bei Hobbes kann der Einzelne zwar rechtlich genötigt werden, zu sagen, »Es lebe der König« oder »Wein ist Blut«, aber denken *darf* er – das erlaubt ihm schon die Gesetzesform – »Krieg den Palästen« oder »Transsubstantiation ist Ideologie«. Bei Jakobs erfüllt ein Individuum nur dann die Mindestgarantie einer Bürgerseele, wenn es endlich eingesehen hat, dass es das nicht mehr denken darf. Die Krämerseelen des Thomas Hobbes sind in Jakobs rechtshegelianischen Vernunftstaat bereits *terror suspects*.<sup>46</sup>

In der kognitiven Einsicht in die Notwendigkeit des Staats zeigt die Bürgerseele, dass sich in ihrem subjektiven Geist der objektive des höheren Staatssubjekts spiegelt. Eine solche, einsichtig einseitige Selbstunterwerfung als kognitive Mindestgarantie der Bürgerseele ist der demokratischen Verfassung freilich fremd. Weder Art. 1 noch Art. 20 GG binden den Status der Rechtsperson an irgendwelche kognitiven Voraussetzungen. Sie gelten, weil sie auch für die inneren und äußeren Feinde der Rechts- und Verfassungsordnung gelten. Art. 1 und die nachfolgenden Grundrechte legen die Menschenrechte auf die schlichte Tatsache des nackten Menschseins fest und verpflichten weder zur Achtung von Staatlichkeit, Recht und Demokratie noch zu Charakterfestigkeit, westlicher Zivilisation oder andern substanziellen Werten. Man hat – qua positivrechtlicher Zuschreibung – grundlegende Rechte, auch wenn man es nicht weiß, auch wenn man sie nicht haben will, auch wenn man bereit ist, sie mit allen Mitteln zu bekämpfen. Sie werden jedem Menschen aufgrund seiner Geburt und nicht aufgrund irgendwelcher Leistungen juristisch zugeschrieben, und sie sind unveräußerliches positives Recht.

Auch in der amerikanischen Verfassung ist der kognitiv und ethisch neutrale Status der Rechtsperson klar und unmissverständlich festgelegt und unmittelbar mit dem Demokratieprinzip des »We the

<sup>45</sup> Jakobs 1999, 41f., 74.

<sup>46</sup> Schmitt, Carl: *Der Leviathan*, Köln 1982.

People« (Präambel) verbunden. Während es in der Unabhängigkeitserklärung von 1776 noch die »good People of these Colonies« sind (und das sind in der Tat nur die prinzipiell tugendhaften und gemeinschaftstauglichen »Personen« des Jakobsschen »Bürgerstrafrechts«), die im revolutionären Zustand dem englischen König den Krieg erklären, sind es in der Verfassung von 1791 – ohne jede kognitive oder ethische Qualifikation – »the People of the United States« (also die bloßen, natürlichen »Individuen« des Jakobsschen »Feindstrafrechts«), die *ihre* Staatsgewalt demokratisch erzeugen, indem sie sich eine Verfassung geben.<sup>47</sup>

## VII

Die Menschenrechte gewährleisten individuelle und ermöglichen demokratische Selbstbestimmung, und sie sind als positives *Recht* scharf von der *Moral* zu unterscheiden. Sie haben zwar, das zu bestreiten wäre völlig kontraintuitiv, einen moralischen Gehalt, *wirken* aber nicht wie motivbildende, moralische Normen, sondern wie positivrechtliche Gesetze und Verordnungen, die (in der Regel) bestimmte äußere Handlungen erlauben oder verbieten. Damit dienen sie der Individualisierung der Moral. Die Rechtsgenossen werden von der öffentlichen Pflicht, die Totalität ihrer Lebensführung der politischen Gemeinschaft zu integrieren, entlastet.

Rechte erzeugen nur sekundär Pflichten und auch das pflichtvergessene Individuum verliert sie nicht. Gleichzeitig aber bürdet die Trennung von Moral und Recht dem Einzelnen die volle Verantwortung für seine Gewissensentscheidung auf. Eine öffentliche Entlastung des individuellen Gewissens gibt es jetzt nicht mehr. Wer aus moralischen Gründen glaubt, foltern und als Hoheitsträger die Verfassung brechen zu müssen, um Tausenden oder auch nur einem entführten Kind das Leben zu retten, muss das mit seinem Gewissen bzw. dem

<sup>47</sup> Diese feine, aber grundlegende Differenz zwischen einem revolutionären Volk, das sich für gut erklärt und die Bösen ausschließt, und dem *pouvoir constituant*, der alle Rechtsgenossen, egal ob gut oder böse, einschließt, hat Derrida in seiner berühmten Dekonstruktion des Repräsentationsbegriffs der Unabhängigkeitserklärung leider vernachlässigt: Derrida, Jacques: »OTOBIOGRAPHIEN – Die Lehre Nietzsches und die Politik des Eigennamens«, in: Derrida, J./Kittler, F.: *Nietzsche – Politik des Eigennamens*, Berlin 2000, 7–63, 12 ff.

moralischen Diskurs allein abmachen. Diesen tragischen Konflikt kann das Recht – um der rechtlichen Freiheit willen – nicht lösen. Es mag Fälle geben, in denen moralisch ebenso einleuchtend für wie gegen die Folter argumentiert werden kann. Wenn die Bombe tickt, mag es den jeweiligen Amtsträgern (und nicht nur ihnen) moralisch geboten erscheinen, die Verfassung zu brechen.

Die Moral kennt – anders als das Recht – keine Grenzen und lässt keine Dogmatik zu. Schon deshalb kann es keine vollständige Deckung moralischer und juristischer Diskurse geben. Widersprüche zwischen Moral und Recht lassen sich, anders als Kant geglaubt hat, nicht ausschließen. Deshalb gilt, dass es – auch wenn das positive Recht im Ganzen moralisch akzeptabel bleiben muss – in jedem einzelnen Fall eine im (aktuellen) Recht nicht mehr heilbare *Kollision zwischen Moral und Recht* geben kann. Das ist der Preis des Differenzierungsgewinns. Aus der Perspektive des Rechts gibt es kein Außen des Rechtscodes. »Folter ist entweder Recht oder Unrecht – tertium non datur. Rechtliche Folterverbote verbieten nicht die politische und moralische Diskussion. Sie weisen aber Entscheidungskompetenzen zu.«<sup>48</sup> Das Recht wäre – mit Kants in diesem Fall richtigen Rigorismus – am Bundeskanzler oder der Kanzlerin, die foltern ließe, um Berlin vor der Bombe zu retten, zu vollstrecken. Kant hätte sie wegen Hochverrats hinrichten lassen. In der Erinnerung des Volkes aber würde ihr Andenken womöglich umso mehr im Glanze supererogatorisch moralischen Heldentums erstrahlen – auch wenn bei weniger strahlendem Licht der nicht nur rechtliche, sondern auch moralische Preis für solche Rettung (wie in der klassischen Tragödie) erkennbar bliebe. Die parteiische Geschichte kann zwar die blutige Tragödie zum platten Helden- und Gaunerstück mit glücklichem Ausgang verklären. Aber die Weste der Folterknechte und ihrer Auftraggeber bliebe trotzdem nicht rein, weil die berechtigte Rettung mit der unberechtigten Folter erkaufte wurde.<sup>49</sup> *Tragic choice* heißt, dass beide Seiten der Handlungsalternative supererogatorisches, also rechtlich (und moralisch) unzumutbares Handeln verlangen. Unzumutbar ist der Bundeskanzlerin ein unheilbarer Verfassungsbruch – denn um einen solchen geht es, wie wir gesehen haben, im Fall der Folter. Gleichermäßen unzumutbar ist ihr aber

<sup>48</sup> Hong 2006, 25.

<sup>49</sup> Zur (über die positivrechtliche hinaus) rechtsethisches-deontologischen Begründung des absoluten Folterverbots: Hong 2006.



auch, Berlins Bevölkerung dem Strahlentod, den sie durch eine hochverräterische Untat möglicher Weise verhindern könnte, auszuliefern.

## VIII

Wenn aber das Recht durch Legalisierung der Folter den politischen Akteur von der unaufhebbaren Gewissensentscheidung, notfalls Recht und Verfassung zu brechen, entlastet, würde es nicht nur die individuelle Selbstbestimmung des Gefolterten, die Wahrheit zu sagen oder nicht, vernichten, sondern am Terroristen auch die Möglichkeit demokratischer Selbstbestimmung überhaupt zerstören. Ein Gesetz, das es *Amtsträgern* erlaubt, sich zum Herrn der Ja-/Nein-Stellungnahmen des dem Gesetz unterworfenen Subjekts zu machen, *könnte* von diesem nicht mehr akzeptiert oder bestritten werden. Damit aber würde die Möglichkeit, die Bestimmung des Gesetzes an den demokratischen Streit *aller* Gesetzesadressaten zu binden, vernichtet. Die elementarste Möglichkeit des Gesetzesadressaten zur demokratischen Partizipation, in den *Streit* um die Geltung des Gesetzes – wie es eine sozial, sachlich und zeitlich *ununterbrochene* demokratische Legitimationskette verlangt<sup>50</sup> – *jederzeit* eingreifen zu können, wäre nicht mehr gegeben. Anders als die gesetzliche Folter vernichtet selbst die barbarische Todesstrafe diese Möglichkeit nicht. Zu ihr kann der Verurteilte bis zum letzten Atemzug ja oder nein sagen, um den egalitären Streit um ihre Geltung über seinen Tod hinaus fortzusetzen.

<sup>50</sup> Zur »ununterbrochenen demokratischen Legitimationskette«: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: »Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Böckenförde, E.-W.: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt 1991, 298–378, hier: 299, 302. Hier wird Legitimation freilich noch an einen substanzialistisch verdinglichten Volksbegriff zurückgebunden. Kritisch: Bryde, Brun-Otto: »Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie«, in: *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, 1994, 3, 305–330.