



Dr. Harald Maihold, Göttingen

Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? Die Präventivfolter vor dem Forum des Strafrechts

Historisch gesehen bedeutete die Abschaffung der Folter eine rechtsstaatliche Beschränkung des Herrschaftsanspruches, einen Verzicht auf absolute Herrschaft (I.). Vor diesem Hintergrund aus betrachtet muss es erschrecken, wenn in jüngster Zeit einige Autoren zu der Ansicht kommen (II.), Folter lasse sich im (rechts-) staatlichen Verfahren in Extremfällen rechtfertigen. Die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände und Rechtfertigungsgründe muss sich an Art. 4 der Folterschutzkonvention der Vereinten Nationen messen lassen, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, die Folter umfassend zu pönalisieren und mit angemessener Strafe zu belegen. Der vorliegende Beitrag untersucht daher zunächst (III.1-2), worin der spezifische Unrechtsgehalt der Folter besteht. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich der Erfolgsunwert der Folter aus der Verletzung der individuellen Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit und der überindividuellen Rechtsgüter ergibt, unter denen die Menschenwürde und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens diskutiert werden. Der besondere Handlungsunwert der Folter folgt aus der besonderen Stellung des Täters als zuständiger Amtsträger in einem staatlichen Strafverfahren. Die aktuelle Folterdiskussion fokussiert zum Teil ausschliesslich auf die Menschenwürde und macht die Zulässigkeit der Folter von der Zulässigkeit und dem Ergebnis einer Abwägung von Würde gegen Würde abhängig. Dass die Folterstrafbarkeit auch die Garantie des rechtsstaatlichen Verfahrens schützen muss, das durch die kommunikative Interaktion zwischen Staat und Bürger begründet wird, kommt demgegenüber nicht hinreichend in den Blick. Berücksichtigt man diese Interessenkonstellation, so ergibt sich für die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände (III. 3), dass die Schwere der Folter nur in § 343 StGB hinreichend erfasst wird, so dass diese Vorschrift entgegen einer verbreiteten Ansicht auch die Gefahrenabwehrfolter unter Strafe stellen muss. Bei der Würdigung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (IV. und V.), insbesondere des Notstandes, kommt dem Schutz von Menschenwürde und rechtsstaatlichem Verfahren ebenfalls eine entscheidende Bedeutung zu.

Im Ergebnis ist sowohl am Folterverbot als solchem als auch an der Strafbarkeit der Folter festzuhalten. Die herausragende Stellung der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips in der Werteordnung des Grundgesetzes würden auch der Einführung einer einfachgesetzlichen Erlaubnisnorm widersprechen: Folter und Rechtsstaat sind miteinander unvereinbar. Folter ist nach alldem nicht nur verboten und strafbar, sie bleibt es auch, solange die Verfassung Geltung beansprucht.

S. 57

- HFR 11/2004 S. 1 -

1 I. Historischer Überblick

Das 17. Jahrhundert war das Zeitalter des Zweifels. Die Teilung der Konfessionen hatte das Vertrauen in scheinbare Gewissheiten zerstört. Auch im Strafrecht machte sich die skeptische Grundhaltung dieser Epoche bemerkbar. Hatte man im gemeinen Strafverfahren seit der Bulle Innozenz\ IV. von 1253 auf den Beweiswert eines durch Folter erpressten Geständnisses vertraut, daran geglaubt, die Wahrheit auf diese Weise mit Gewalt ans Licht holen zu können, so begann man in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts diese Gewissheit über Bord zu werfen. Aber erst die Aufklärungsphilosophie des 18. Jahrhunderts, die sich ganz auf die Erzwingung eines Geständnisses im Strafprozess konzentrierte, gab der Folterpraxis schliesslich den Todesstoss.

2 Aus dieser Tradition ist es wohl zu verstehen, wenn die Folter heute vielfach mit dem Begriff eines "dunklen Mittelalters" assoziiert wird. Die Folter ist aber ein durchaus neuzeitliches Phänomen. Im mittelalterlichen Akkusationsprozess war die Folter undenkbar. Dieses Verfahren gründete nämlich auf der freiwilligen Unterwerfung der Streitparteien unter die Entscheidungsinstanz, setzte also die Freiheit und Gleichheit der Parteien voraus, welche die Folter gerade in Frage stellt. Auch das römische Recht kannte die Folter zunächst nur bei Sklaven. Erst mit dem Verfall der Bürgerrechte in der Kaiserzeit wurde die Folter bei Staatsschutzdelikten auch gegen Freie angewendet. Diese Ausnahmen wurden verstärkt erst in der Frühen Neuzeit von den aufkommenden Zentralgewalten aufgegriffen, um ihren absoluten Anspruch auf Herrschaft und Friedenssicherung durchzusetzen, den sie prinzipiell durch jedes Delikt in Frage gestellt sahen. Die Abschaffung der Folter bedeutete mithin auch eine rechtsstaatliche Beschränkung des Herrschaftsanspruches, einen Verzicht auf absolute Herrschaft. Kein Wunder also, dass die totalitären Regime des 20. Jahrhunderts die Folterpraxis wieder aufnahmen.¹

3 II. Die aktuelle Diskussion

Von diesem historischen Rückblick aus betrachtet muss es erschrecken, wenn sich in jüngster Zeit wieder eine Diskussion über die Rechtfertigung der Folter führen lässt. Die zunehmenden zwischenstaatlichen Konflikte und der international aktive Terrorismus, aber auch soziale Spannungen im Inneren haben zu einem Wandel geführt, den man bedeutungsschwanger als Paradigmenwechsel von der "Freiheit" zur "Sicherheit" bezeichnet.² Nicht nur in den USA und in Israel wird die Folter in den sog. "ticking-bomb-cases" für zulässig gehalten (Dershowitz, Margalit), auch in Deutschland gibt es Vertreter der Ansicht, Folter könne in Extremfällen ein zulässiges Instrument polizeilicher Aufgabenwahrnehmung sein. Schon 1996 stellte Winfried Brugger seinen Studenten eine Übungsklausur, bei der zwei Drittel zu dem Ergebnis kamen, die Polizei dürfe in dem geschilderten Klausurfall ausnahmsweise foltern.

4 Anders als in anderen Ländern, wo die Folter nach den Berichten von Amnesty International auch in der Praxis der Geheimdienste ein gängiges Mittel zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist,³ war die Folterfrage in Deutschland bislang eine rein akademische. Das hat sich freilich seit dem Frankfurter Entführungsfall Jakob von Metzler geändert. Der Vizepräsident der Polizei Wolfgang Daschner ordnete am 1. Oktober 2002 gegen den verdächtigten Entführer die Zufügung von Schmerzen ausdrücklich an und machte den Vorgang in der Handakte der Polizei / Staatsanwaltschaft aktenkundig.⁴ Dieser Fall löste eine breite Diskussion in der Öffentlichkeit aus, in deren Verlauf nicht nur der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes zeitweilig äusserte, es seien "Fälle vorstellbar, in denen auch Folter oder ihre Androhung erlaubt sein können, nämlich dann, wenn dadurch ein Rechtsgut verletzt wird, um ein höherwertiges Rechtsgut zu retten".⁵ Mittlerweile lässt sich sogar in wichtigen Kommentaren ein Stimmungswandel feststellen - das Tabu der Folter ist gebrochen.⁶ Durch die jüngst erfolgte Anklage Daschners wird das Geschehen nun auch strafrechtlich aufbereitet.

¹ Kiesow, Rechtsgeschichte 3 (2003), 98-127; Dannat / Gottschalk, Die Abschaffung der Folter im Aufklärungsdiskurs, S. 135-163. Zum Ganzen vgl. Wilhelm, Folter - verboten, erlaubt oder gar geboten? S. 4.

² Hecker, Krit. Justiz 2003, 218. Beispielhaft zu den Einschränkungen der Bürgerrechte in Amerika nach dem 11. September: Schild, Der Staat 2003, 346ff.

³ Vgl. Dohnanyi, weltwoche 48/03.

⁴ Der Fall wird ausführlich geschildert bei Nathusius, unbequem 52 (Sept. 2003), 6ff.

⁵ Tagespresse vom 19. 2. 2003. Zur ähnlich unsicheren Diskussion in der Schweiz siehe Gysin, plädoyer 3/03, S. 9, darin u.a. die Äusserung des Fribourger Strafrechtslehrers Marcel Niggli, er könne sich eine Berufung auf Notwehr oder Notstand vorstellen. Kritischer, wenngleich ebenso undifferenziert Schaefer, NJW 2003, 947.

⁶ Dieses Bild zeichnet Jahn, Gute Folter - schlechte Folter? S. 2ff. Für Aufsehen erregte vor allem Matthias Herdegen mit seiner Kommentierung zu Art. 1 in Theodor Maunz / Günter Dürig u.a., Grundgesetz. Kommentar, München (Loseblatt), Stand 2003. Demgegenüber spricht sich der von Jahn ebenfalls genannte Volker Erb im Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, hrsg. von Bernd von Heintschel-Heinegg, München 2003, Art. 34, Rdnr. 44-46 lediglich dafür aus, den Amtsträger in „atypischen Ausnahmesituationen“, die vom Gesetzgeber nicht vorhersehbar waren, von der Verantwortlichkeit zu befreien, was in den Folterfällen wohl nicht der

- 5 Die Ansichten in der Literatur sind, gerade was die strafrechtliche Thematik angeht, keinesfalls einheitlich. So unterscheidet man zum einen hinsichtlich des Zweckes der Folter:⁷ Einige Autoren meinen, vom absoluten Folterverbot sei nur die Folter zu Zwecken der Strafverfolgung erfasst, die "Gefahrenabwehrfolter" dagegen zulässig.⁸ Zum anderen unterscheidet man hinsichtlich der Folgen zwischen dem Folterverbot als solchem und der strafrechtlichen Sanktionierung von Folterhandlungen: So sprechen einige Autoren zwar dem Staat eine polizeirechtliche Befugnis zur Folter ab, befreien aber den Folterer von den strafrechtlichen Konsequenzen seines Tuns.⁹ Schliesslich herrscht Unklarheit darüber, wegen welcher Straftatbestände der Folterer ggf. strafbar wäre. Interessant ist, dass die Staatsanwaltschaft nur den Tatbestand der Nötigung in einem besonders schweren Fall, nicht aber den der Aussageerpressung zugrundegelegt hat.¹⁰
- 6 Im Folgenden soll die Strafbarkeit der "Gefahrenabwehrfolter" untersucht werden, wie sie uns in den "ticking-bomb-cases" und in den Entführungsfällen begegnet. Dabei soll zunächst der Begriff der Folter und sein Unrechtsgehalt bestimmt werden (III.). Anschliessend ist nach einer Rechtfertigung (IV.) bzw. Entschuldigung (V.) des Folterers zu fragen.

7 **III. Der Tatbestand der Folter und sein Unrechtsgehalt**

1. Der Begriff der Folter

Das deutsche Strafrecht kennt keinen Tatbestand der "Folter" und enthält nirgendwo eine Definition dieses Begriffes. Eine Definition findet sich hingegen im internationalen Recht. Die Konvention der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafen vom 10. 12. 1984 (in Kraft getreten am 31. 12. 1990) gehört zu den Regeln des Völkerrechts, die gem. Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts sind. Dort wird Folter bestimmt als "jede Handlung..., durch die einer Person von einem Träger staatlicher Gewalt oder auf dessen Veranlassung hin vorsätzlich starke körperliche oder geistig-seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erzwingen...".¹¹ Die Pönalisierung dieses Folterbegriffs wird in Art. 4 der Konvention den Vertragsstaaten zum Auftrag gegeben.

- 8 Das deutsche Strafgesetz kommen dem Pönalisierungsauftrag vor allem in der Aussageerpressung gem. § 343 StGB nach: "Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren... berufen ist, einen anderen körperlich misshandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft." Daneben werden Folterhandlungen auch durch Körperverletzung im Amt gem. §§ 223ff, § 340 StGB, und Nötigung gem. § 240 StGB strafrechtlich erfasst.
- 9 Bevor im Folgenden untersucht wird, ob diese Tatbestände im Fall der Gefahrenabwehrfolter eingreifen, soll vorab der Unrechtsgehalt der Folterhandlung bestimmt werden.

S. 58

- HFR 11/2004 S. 2 -

10 **2. Der Unrechtsgehalt der Folterhandlung**

Die Folter verletzt rechtliche Interessen, die durch ihre Pönalisierung geschützt werden sollen. Man kann dabei das Schwergewicht objektiv auf den Erfolgswert der Rechts-

Fall sein dürfte. Zudem finden sich auch ausdrückliche Stellungnahmen gegen die Folter, etwa bei René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel u.a. 2003, Rdnr. 1049.

⁷ Jerouschek / Kölbel, JZ 2003, 614.

⁸ So Brugger, Der Staat 35 (1996), 67-97, JZ 2000, 165-173. Tendenziell auch Wittreck, DÖV 2003, 873-882 und Miehe, NJW 2003, 1219f.

⁹ Dies schliessen auch Jerouschek / Kölbel, JZ 2003, 620, nicht aus.

¹⁰ Vgl. die Tagespresse vom 21. 2. 2004; ebenso Haurand / Vahle, NVwZ 2003, 519.

¹¹ Zit. bei Spirakos, Folter, S. 99ff.

gutsverletzung legen oder subjektiv auf den Handlungsunwert der Pflichtverletzung. Der dem Strafrecht eigene sozialetische Vorwurf wird wohl eher im Hinblick auf die Pflichtverletzung erhoben. Letztlich ist aber die Pflicht nichts anderes als der Ausdruck einer erhöhten Schutzbedürftigkeit von Rechtsgütern.¹²

11 Der Erfolgsunwert der Folter ergibt sich aus der Verletzung der individuellen Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und der persönlichen Freiheit und der überindividuellen Rechtsgüter, unter denen die Menschenwürde und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens diskutiert werden. Der besondere Handlungsunwert der Folter folgt aus der besonderen Stellung des Täters als zuständiger Amtsträger in einem staatlichen Strafverfahren.

12 **a) Körperliche Integrität**

Das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung schützt zunächst den menschlichen Körper, der nicht nur durch physische, sondern auch durch seelische Qual beeinträchtigt wird. Der Mensch ist nämlich nicht bloss körperliches Objekt, sondern er wird als Geistwesen massgeblich von seinem psychisch-seelischen Selbstverständnis her konstituiert. Mit dem Adjektiv des "Menschlichen" ist daher ein biologisch-dynamisches Verständnis des Körpers als Selbststeuerungssystem angesprochen, in dem Körper und Psyche funktional miteinander verbunden sind.¹³

13 **b) Persönliche Freiheit**

Als qualifiziertes Nötigungsdelikt richtet sich die Tat zudem gegen die "Freiheit der Willensentschliessung und der Willensbetätigung" (§ 136a StPO) als Ausdruck der persönlichen Selbstbestimmung im sozialen Verhältnis, die durch die Anwendung oder Androhung von Gewalt aufgehoben wird. In der Verletzung dieses Rechtsguts liegt der spezifische Unrechtsgehalt der Folter gegenüber anderen, zulässigen staatlichen Zwangsmassnahmen von der Blutentnahme über den genetischen Fingerabdruck bis hin zum gezielten Todesschuss, die vom Betroffenen nur eine Duldung und kein aktives Handeln verlangen. Schon die Verhaftung zwingt den Betroffenen in eine gegenüber der Staatsgewalt schwächere Position, so dass der verbleibende Rest autonomer Selbstbestimmung umso schützenswerter erscheint. Bei der Folter wird der Wille des Betroffenen gebrochen, so dass er sich nicht seinem Willen entsprechend verhalten kann, oder gebeugt, so dass er entgegen seinem Willen zu einer Aussage oder Erklärung, mithin zu aktivem Handeln gezwungen wird. Dies hebt auch den Rest seiner persönlichen Autonomie auf und macht den Gefolterten zum Objekt staatlicher Zwecksetzungen.¹⁴

14 **c) Menschenwürde**

Die Verzweckung des Gefolterten führt uns über die individuellen Interessen des Betroffenen hinaus auf überindividuelle Rechtsgüter. So wird als Schutzgut der Folterstrafbarkeit (wie als Grund des Folterverbotes überhaupt) auch die Menschenwürde angegeben, die verletzt sei, wenn der Gefolterte zum Objekt staatlicher Aufgabewahrnehmung gemacht werde.¹⁵ Die aktuelle Folterdiskussion fokussiert sogar zum Teil ausschliesslich auf die Menschenwürde und macht die Zulässigkeit der Folter von der Zulässigkeit und dem Ergebnis einer Abwägung von Würde gegen Würde abhängig.¹⁶

15 Dabei bleibt freilich oft unklar, welchen materialen Gehalt der Begriff der Menschenwürde hat. Das Verständnis des Menschen beruht auf gesellschaftlichen Wertungen, die dem Wandel unterliegen und daher von einem unabhängigen Gericht kaum feststellbar sind. Spirakos will daher anstatt auf den abstrakten Begriff der Menschenwürde auf die

¹² Dazu Spirakos, Folter, S. 156ff.

¹³ Spirakos, Folter, S. 142f.

¹⁴ Vgl. Spirakos, Folter, S. 144ff.

¹⁵ Vgl. BGHSt 5, 333.

¹⁶ Brugger und Wittreck (Fn. 8).

konkret geschützten Gegenstände selbst abstellen.¹⁷

- 16 Es ist hier nicht der Ort, die Menschenwürdediskussion auch nur in ihren wesentlichen Facetten aufzugreifen. Ein Kerngehalt des Menschenwürdesatzes lässt sich wohl aber im Hinblick auf die bereits angesprochene körperlich-psychische Einheit des Menschen als autonomes Geistwesen festhalten, von der die Verfassung im Rückgriff vor allem auf Immanuel Kant ausgeht. Danach ist der Mensch Selbstzweck und darf niemals bloss Mittel des Staates oder staatlicher Handlungen sein. Deshalb steht die Würde des Menschen am Anfang der Verfassung, ist sie Grundlage nicht nur der einzelnen Grundrechte, sondern Grundlage der Beziehung zwischen dem einzelnen Mensch und dem Staatswesen überhaupt.¹⁸ Das überindividuelle Rechtsgut der Menschenwürde sollte als der erweiterte Gehalt des betroffenen individuellen Rechtsguts der körperlich-seelischen Unversehrtheit begriffen werden. Indem der Folterer auf die Zerstörung der Selbstgesetzlichkeit des menschlichen Willens abzielt, verletzt er nicht nur den Körper des einzelnen Menschen, sondern auch das Menschsein an sich.

17 **d) Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens resp. die Teilnahme daran**

Dem Schutzbereich der Folterpönalisierung wird aber noch ein weiteres überindividuelles Rechtsgut zugeschrieben: Da die Tat in einem staatlichen Verfahren begangen wird, dient die Pönalisierung auch dem Schutz dieses Verfahrens. Wie dieses Schutzgut konkret zu bezeichnen ist, wird unterschiedlich beantwortet. Die überwiegende Auffassung spricht vom Schutzgut der "Rechtspflege",¹⁹ auch von "Reinheit der Amtsführung" oder "Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens", die Art. 20 III GG garantiert.²⁰

- 18 Im 16. Jahrhundert glaubte man, das Recht gerade durch Folter schützen zu müssen, und auch in den "ticking-bomb-cases" wäre die Überlegung nicht weit hergeholt, dass gerade die Gewalt eine effektive Aufgabenwahrnehmung gewährleiste. Hintergrund des Foltertabus ist, wie bereits aus dem historischen Rückblick hervorgeht, ein bestimmtes Rechts- und Staatsverständnis. Gegen den absoluten Herrschaftsanspruch des totalitären Staates beschränkt sich der demokratische Rechtsstaat auf diejenigen Methoden der Wahrheitsermittlung, die dem Betroffenen eine Teilnahme ermöglichen. Die Wahrheit darf nicht um jeden Preis und mit jedem Mittel, sondern muss in "justizförmiger Weise", d.h. in einem rechtsstaatlich geregelten, fairen Verfahren ermittelt werden, das dem Beteiligten rechtliches Gehör gewährt.²¹ Für das rechtsstaatliche Verfahren ist eine kommunikative Interaktion zwischen Staat und Bürger konstitutiv.²² Der Beschuldigte muss im Rechtsstaat Subjekt und darf nicht Objekt der Wahrheitsfindung sein.²³ Damit wird der Anspruch des Menschen auf autonome Selbstgesetzgebung nicht nur respektiert, sondern zur Grundlage eines freiheitlichen Rechtsbegriffs gemacht. Diese grundsätzliche Anerkennung des beteiligten Bürgers wird aber schon durch bloße Androhung der Folter zunichte gemacht.²⁴ Die Folterstrafbarkeit dient demnach auch dem Schutz des rechtsstaatlichen Strafverfahrens und der rechtskonstitutiven Teilnahme des Bürgers an diesem Verfahren.²⁵

- 19 Das überindividuelle Rechtsgut der Teilnahme des Bürgers am Verfahren entpuppt sich damit ebenfalls als erweiterter Gehalt eines individuellen Rechtsguts: Geschützt wird - individuell - die persönliche Freiheit des Menschen, nicht gegen seinen Willen handeln zu müssen, und - überindividuell - das rechtsstaatliche Verfahren selbst, das auf der persönlichen Freiheit aller Menschen gegründet ist, die Maximen ihres Handelns selbst

¹⁷ So Spirakos, Folter, S. 150f.

¹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 45, 187, 228.

¹⁹ Fischer, StGB, § 343, Rdnr. 1; kritisch zu Recht Spirakos, Folter, S. 182ff.

²⁰ Erwähnt bei Düx, ZRP 2003, 180.

²¹ Vgl. nur BVerfG NJW 1984, 428.

²² Spirakos, Folter, S. 10ff, 174ff, 187ff.

²³ BGHSt 5, 332. Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998, § 25, N. 14f; Robert Hauser und Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Auflage, Basel 1999, § 39 N. 11, § 60, N. 3, § 62, N. 9.

²⁴ Kretschmer, Recht und Politik 2003, 107.

²⁵ Spirakos, Folter, S. 195ff.

zu bestimmen.

- 20 Dagegen wird man nicht einwenden dürfen, dass der Rechtsbrecher den Rechtszustand verlasse, so dass er im Naturzustand ein Feind des Staates wäre, der gar nicht kommunizieren, sondern seinen Partikularwillen durchsetzen wolle. Der Rechtsstaat hat nicht die Wahl, ob er einen Menschen am rechtsstaatlichen Verfahren teilhaben lassen will oder nicht. Erst die Teilhabe des Betroffenen macht ihn zum Rechtsstaat, sie muss daher für alle seine Bürger gelten.
- 21 Der Gehalt des Handlungsunrechts der Folterhandlung wird durch die Pflichtverletzung des Amtsträgers mitbestimmt, der für die Einhaltung der Beteiligung des Betroffenen in dem Verfahren zuständig ist.

S. 59

- HFR 11/2004 S. 3 -

22 **3. Der Tatbestand der Aussageerpressung, § 343 StGB**

Mit diesem Hintergrund wollen wir uns nun den einzelnen Tatbeständen des deutschen Strafgesetzbuches zuwenden, zunächst der Aussageerpressung gem. § 343 StGB. Danach wird insbesondere bestraft, wer als Amtsträger in einem Straf-, Bussgeld- oder Disziplinarverfahren einem anderen Gewalt zufügt oder androht oder ihn seelisch quält, "um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären".

- 23 Der objektive Tatbestand ist auch bei der "Gefahrenabwehrfolter" unzweifelhaft: Der folternde Polizist ist Amtsträger im Sinne von § 11 Nr. 2 StGB, zur Mitwirkung in einem Strafverfahren berufen und droht Gewalt an. Die Abgrenzung zwischen erlaubter Druckausübung und seelischer Folter ist im Einzelfall oft schwierig. Beim Schlafentzug beispielsweise ist die richterliche Kasuistik nicht immer überzeugend.²⁶ Zulässig sind jedenfalls Belehrungen über strafrechtliche Folgen der Nichtaussage, Appelle an das Gewissen und Hinweise auf die erdrückende Beweislage.²⁷
- 24 Schwierig wird es beim subjektiven Tatbestand, der neben dem Vorsatz auch die Absicht des Täters verlangt, sein Opfer zu einer Aussage "in dem Verfahren" zu nötigen. Hier könnte man zugunsten des Foltertes, dem es allein auf Gefahrenabwehr ankommt, argumentieren, dass § 343 StGB mit dem Straf-, Bussgeld- und Disziplinarverfahren nur repressive Verfahren nennt und daher eine Folter mit rein präventiver Zielrichtung nicht erfasst wird.²⁸ Die Vertreter einer präventiven Straftheorie würden freilich bereits diesem "nur repressiven" Charakter des Strafverfahrens kaum zustimmen.
- 25 § 343 StGB spricht aber nur von "dem Verfahren", ohne den Zweck des Verfahrens näher zu bestimmen. In den Entführungsfällen wird die Polizei faktisch aber in einer Doppelfunktion tätig: Sie hat einerseits die Entführungsstraftat zu verfolgen, andererseits die Gefahren für das Entführungsoffer zu ermitteln und Massnahmen zur Gefahrenabwehr zu ergreifen. Unabhängig vom Schwerpunkt der jeweiligen Ermittlung ist das strafprozessuale Element notwendig mit präsent.²⁹ Nicht zuletzt durch die Vorverlegung des strafrechtlichen Vorwurfs in vielen Straftatbeständen lässt sich die Grenze zwischen "Verdacht" und "Gefahr" in der Praxis der Polizeiarbeit im Vorfeld gar nicht eindeutig ziehen.³⁰
- 26 Nach einer verbreiteten Ansicht, der jetzt offenbar auch die Staatsanwaltschaft im Frankfurter Fall gefolgt ist, lassen sich beide Funktionen indes dadurch trennen, dass man die erpresste Aussage mit einem Verwertungsverbot im Strafverfahren belegt. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes

²⁶ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 25, N. 19 (zu § 136a StPO). Zur Abgrenzung der Folter bei Art. 3 EMRK vgl. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, Rdnr. 278.

²⁷ Darauf weist zu Recht Hamm, NJW 2003, 946, hin. Vgl. auch Hauser / Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, § 62, N. 9 am Ende.

²⁸ Miehe, NJW 2003, 1220; ebenso Rogall, Über die Rechte der Polizei bei Vernehmungen, S. 4.

²⁹ Jerouschek / Kölbel, JZ 2003, 619; Althoff, Streit Mai 2003.

³⁰ Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 15ff.

aus dem Jahre 1954 zum damaligen Tatbestand der "Untersuchung", nach der die Gefahrenabwehr nicht zum Schutzbereich des § 343 StGB gehört; der Gesetzgeber habe bei Änderung der Vorschrift (1974) diese auch nicht erweitern wollen.³¹ Diese Ansicht käme zu dem Ergebnis, dass bei Folter ausschliesslich zum Zweck der Gefahrenabwehr keine Aussageerpressung, sondern lediglich Nötigung gem. § 240 StGB in Betracht käme.

- 27 Die objektive Normierung eines Verwertungsverbotes für durch Folter erlangte Aussagen wie in § 136a StPO genügt aber jedenfalls nicht.³² Da es sich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, müsste der Amtsträger vielmehr die Absicht gehabt haben, die erpresste Aussage im Strafverfahren nicht zu verwerten, und zwar bereits bei der Vornahme der Folterhandlung.³³ Ob dies im konkreten Fall erfüllt ist, wäre dann Tatfrage - im Frankfurter Entführungsfall spricht gegen eine solche Trennungsabsicht der Umstand, dass die Ermittlungsakten mit dem erpressten Geständnis an die Staatsanwaltschaft weitergereicht wurden.³⁴
- 28 An der genannten Ansicht ist aber auch grundsätzlich Kritik zu üben. Die Absicht, die erfolgte Aussage im Strafprozess nicht zu *verwerten*, ändert nämlich nichts an der Absicht, sie im doppelunktionalen Verfahren zu *erheben*. Der Wortlaut des § 343 StGB (wie des § 136a StPO) beschränkt sich nicht auf die Verwertung, sondern erfasst auch die Erhebung von Aussagen. Das Rechtsgut der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens verlangt, dass bereits der fragwürdigen Erhebung Einhalt geboten wird und nicht erst sekundäre Massnahmen die Verwertung der einmal existenten Aussage verhindern, die die Beteiligung des Betroffenen am Wahrheitsfindungsprozess nicht nachträglich wiederherstellen können.³⁵
- 29 Der Hinweis auf die BGH-Entscheidung von 1954 und den Willen des Gesetzgebers von 1974 vermag nicht zu überzeugen. Seit 1984 bzw. 1990 ergibt sich nämlich aus Art. 4 I der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen, dass auch die Gefahrenabwehrfolter strafbar sein muss, denn nach dieser Vorschrift hat sich jeder Vertragsstaat verpflichtet, "dass *alle* Folterhandlungen nach seinem Strafrecht als Straftaten gelten" und "mit angemessenen Strafen, die die Schwere dieser Straftaten berücksichtigen", bedroht werden.³⁶ Eine Differenzierung zwischen der Folter zur Strafverfolgung und zur Gefahrenabwehr wird hier, wie schon in den Vorläuferbestimmungen³⁷ und im Entwurf der International Law Commission³⁸ nicht vorgenommen.³⁹ Durch die Anti-Folter-Konvention sollte jede Form von Folter unabhängig von ihrem Zweck tabuisiert und pönalisiert werden. Die Schwere der Folter wird aber, wie sogleich unter 4. deutlich werden wird, nur in § 343 StGB hinreichend erfasst, so dass diese Vorschrift im Ergebnis auch die Gefahrenabwehrfolter unter Strafe stellt.⁴⁰

30 **4. Weitere Tatbestände**

Neben § 343 StGB kommt bei einer Anwendung von Gewalt (nicht bei ihrer Androhung)

³¹ Haurand / Vahle, NVwZ 2003, 519 mit Hinweis auf BGHSt 6, 145 = NJW 1954, 1497.

³² Zu ähnlichen Regelungen in der Schweiz: Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1997 N. 625f.

³³ Jerouschek / Kölbl, JZ 2003, 619.

³⁴ Vgl. Kretschmer, Recht und Politik 2003, 103.

³⁵ Die Gefahr, dass das erfolgte Geständnis trotz strafprozessualen Verwertungsverbots indirekt in die Verurteilung des Täters einfließt, sehen auch Haurand / Vahle, NVwZ 2003, 518.

³⁶ Spirakos, Folter, S. 132f. Vgl. Kretschmer, Recht und Politik 2003, 107.

³⁷ Vgl. Art. 3 EMRK vom 4. 11. 1950 (in Kraft getreten am 3. 9. 1953). Dazu Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, Rdnr. 271-306.

³⁸ Dazu Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 10f.

³⁹ Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 13. Vgl. die Stellungnahme des Geschäftsführenden Ausschusses der AG Strafrecht und des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, StV 2003, 255.

⁴⁰ § 136a StPO bezieht sich hingegen nicht direkt auf die Folter zur Gefahrenabwehr. Der Wortlaut und die systematische Stellung weisen ihn vielmehr als Norm aus, welche allein die Vernehmung des Beschuldigten im Strafverfahren regelt. Unproblematisch ist eine Anwendung, soweit die polizeilichen Bestimmungen der Länder zur Gefahrenabwehr auf § 136a StPO Bezug nehmen. Darüber hinaus erblicken einige Autoren in § 136a StPO einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch ohne ausdrücklichen Bezug im polizeilichen Verfahren Geltung beansprucht (vgl. zu § 136a III StPO Miehe, NJW 2003, 1220).

noch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung im Amt gem. § 340 StGB in Betracht, die die körperliche Integrität schützt. Ausserdem macht sich der Folterer wegen Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. § 240 I, II, IV Nr. 3 StGB strafbar, womit nochmals die persönliche Freiheit der Willensentschliessung und -betätigung geschützt wird. Beide Tatbestände betreffen also lediglich die individuellen Rechtsgüter. Das spezifische Unrecht der Folter - die Verletzung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens bzw. der Beteiligung daran - kommt mithin in diesen Tatbeständen nicht zum Ausdruck. Deshalb verstösst auch die Regelung im schweizerischen StGB gegen Art. 4 I der Anti-Folter-Konvention, denn diese kennt keinen Tatbestand der Folter oder Aussageerpresung durch Amtspersonen. Folter ist folglich nur als Nötigung und Körperverletzung strafbar - das eigentliche Unrecht der Folterhandlung wird nicht erfasst.⁴¹

- 31 Für den Vorgesetzten kommt schliesslich noch eine Strafbarkeit wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat im Amt, § 357 StGB, in Betracht. Demnach wäre auch die blosser Anordnung der Folter im Frankfurter Entführungsfall, die nach den allgemeinen Regeln als Mittäterschaft nicht hinreicht, selbständig als Täterschaft strafbar.⁴²

S. 60

- HFR 11/2004 S. 4 -

32 **IV. Rechtfertigung der Folter?**

Mit der Erfüllung des Tatbestandes ist aber die Frage der Strafbarkeit des Folterers noch nicht abschliessend geklärt. Es muss noch geprüft werden, ob Rechtfertigungsgründe eingreifen. Gerade hier ist die öffentlich geführte Diskussion auch unter ausgebildeten Juristen oft unsauber und voreilig.⁴³

- 33 In Betracht kommen in den Entführungsfällen Notwehr (2.), rechtfertigender Notstand (3.) und rechtfertigende Pflichtenkollision (4.). Vorab muss die vieldiskutierte Frage geklärt werden, ob staatliche Hoheitsträger sich überhaupt auf die strafrechtlichen Notrechte berufen dürfen.

34 **1. Berufung des Staates auf Notrechte?**

Unstreitig dürfte sein, dass die strafrechtlichen Notrechte als Ermächtigungsgrundlage staatlichen Handelns nicht taugen. Sogar nach Brugger werden die Notrechte durch Art. 104 I 2 GG und die internationalen Folterverbote im Wege der Spezialität verdrängt.⁴⁴ Davon ihm vertretene teleologische Reduktion der Folterverbote kann man daher nur als inkonsequent bezeichnen. Denn wenn Brugger statt auf die Notrechte unmittelbar auf die Menschenwürde zurückgreift, Würde gegen Würde abwägt und argumentiert, dass "die Interessen der Rechtstreuen diejenigen der Rechtsbrecher übertrumpfen" müssten,⁴⁵ verhilft er damit bloss der Wertung der strafrechtlichen Notrechte zur Geltung, welche die speziellen Folterverbote gerade ausschliessen wollen.⁴⁶

- 35 Ob die Notrechte als Rechtfertigungsnormen im Strafrecht auch den staatlichen Amtsträger schützen, wird schon lange kontrovers diskutiert, wobei sich eine "öffentlich-rechtliche" und eine "strafrechtliche" Lösung gegenüberstehen.⁴⁷ Nach ersterer ist der Eingriff von Hoheitsträgern durch das öffentliche Recht abschliessend geregelt.⁴⁸ Die

⁴¹ Dazu Francois Membrez, *Folter. Der Kampf gegen die Straflosigkeit im schweizerischen Recht*, Bern 2003.

⁴² Kretschmer, *Recht und Politik* 2003, 103.

⁴³ Vgl. etwa die Äusserungen von Mackenroth und Niggli (Fn. 5). Ehrlich / Johannsen, in: *Menschenrechte*, S. 341ff, halten nicht einmal Notwehr und Notstand sauber auseinander, sondern sprechen von „rechtfertigendem Notstand“ als einer „Selbstverteidigung oder Verteidigung einer Person, für die sie verantwortlich ist“.

⁴⁴ Brugger, *JZ* 2000, 168; siehe auch Welsch, *BayVBl.* 2003, 487.

⁴⁵ Brugger, *JZ* 2000, 168. Ebenso Nathusius, *unbequem* 52 (Sept. 2003), 6.

⁴⁶ Gegen einen unmittelbaren Rekurs auf die Menschenwürde zur Begründung einer staatlichen Handlungsbefugnis auch Wittreck, *DÖV* 2003, 875.

⁴⁷ Einen Überblick über den Diskussionsstand bietet Kühl, *AT*, § 7, Rdnr. 148ff, vgl. auch Kretschmer, *Recht und Politik* 2003, 104ff.

⁴⁸ Welsch, *BayVBl.* 2003, 487 unter Berufung u.a. auf BGHSt 31, 304 (zur V-Mann-Problematik). Dieser Ansicht folgt wohl auch Wilhelm, *Folter – verboten, erlaubt oder gar geboten?*, der zwar jede Stellungnahme zur strafrechtlichen Beurteilung umschiffet, dann aber unmittelbar vom Verfassungsrecht auf das Strafrecht schliesst.

Gegenansicht wendet ein, dass §§ 32, 34 StGB den Hoheitsträger nicht ausdrücklich ausschließen, die Polizeigesetze oft sogar auf die Notrechte verweisen und dem Hoheitsträger ein Eingreifen zum Schutz bedrohter Rechtsgüter nicht versagt werden darf, wenn dem Bürger dies erlaubt wäre.⁴⁹ Auch nach Vertretern der strafrechtlichen Theorie stellt § 32 jedoch keine zusätzliche Eingriffsermächtigung der Polizei dar, was zur Folge hat, dass die Beurteilung der Rechtswidrigkeit im Strafrecht anders ausfällt als im öffentlichen Recht. Die Einheit der Rechtsordnung wird damit zwar aufgegeben, der Anspruch des Strafrechts als ultima ratio aber eingelöst.⁵⁰

36 Für die strafrechtliche Lösung spricht, dass vor dem Forum des Strafrechts eben nicht der Staat, sondern der Polizeibeamte als Mensch steht. Auch ihm kann in Fällen unmittelbarer Selbstbetroffenheit eine Verteidigung wie auch ein Eingriff in Rechtsgüter Dritter nicht verwehrt werden. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass der Polizist, wo er nicht unmittelbar selbst betroffen ist, sich nach den objektiven Vorschriften zu richten hat, die das öffentlich-rechtliche Befugnissystem ihm vorgibt.⁵¹

37 Diese differenzierende Ansicht käme zur Unanwendbarkeit der Notrechte, da die Entführungsfälle und die "ticking-bomb-cases" öffentlich-rechtlich durch die Folterverbote abschliessend geregelt sind. Gleichwohl sollen im Hinblick auf die Gegenansicht folgend auch die Voraussetzungen der einzelnen Rechtfertigungsgründe durchgegangen werden, nicht zuletzt, weil von dieser Seite eine schleichende Aufweichung des absoluten Folterverbots droht.⁵²

38 **2. Notwehr?**

Die Voraussetzungen der Notwehr werden von den Befürwortern der Folter oft voreilig angenommen. So meint Brugger, dass "man nach dem Sachverhalt (d.h. dem Ausnahmefall, in dem alle acht von Brugger postulierten Kriterien⁵³ vorliegen) davon ausgehen kann, dass die Voraussetzungen des § 32 StGB vorliegen".⁵⁴ Auch Wittreck stimmt dem zu, indem er auf das fehlende grobe Missverhältnis hinweist.⁵⁵

39 **a) Notwehrlage**

Folgt man der herrschenden Ansicht,⁵⁶ ist freilich schon die Gegenwärtigkeit des Angriffs in dem Entführungsfall nicht unproblematisch.⁵⁷ Das Bezugsobjekt der Gegenwärtigkeit ist danach nämlich nicht der Angriffserfolg, also die ausgelöste Gefahr für das Opfer, sondern das Angriffsverhalten selbst. Die Entführungshandlung ist aber mit dem Verstecken des Opfers im Erdloch zu Ende, so dass im Zeitpunkt der Folterhandlung nur noch ein aus Ingerenz pflichtwidriges Unterlassen vorliegt. Ob ein Unterlassen für die Annahme eines "Angriffs" ausreicht, ist wegen des Wortlauts umstritten, wird aber zumindest in dem hier vorliegenden Fall angenommen, in dem das Unterlassen nur einem zunächst aktiven Angriffsverhalten nachfolgt.⁵⁸

⁴⁹ BayOblG JZ 1991, 936 mit zust. Anm. Schmidhäuser.

⁵⁰ So Jeruschek / Kölbel, JZ 2003, 620; Hecker, Krit. Justiz 2003, 215, Fn. 27 m.w.N.; Rogall, Über die Rechte der Polizei bei Vernehmungen S. 5.

⁵¹ Köhler, AT, S. 277. Ebenso wohl Haurand / Vahle, NVwZ 2003, 519f.

⁵² So Hecker, Krit. Justiz 2003, 214.

⁵³ Nach Brugger, JZ 2000, 167, gilt das Folterverbot nicht, wenn eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für (4) das Leben und die körperliche Integrität einer unschuldigen Person vorliegt, die (5) durch einen identifizierbaren Störer verursacht worden ist, der (6) zugleich allein die Gefahr beseitigen kann und (7) dazu auch verpflichtet ist. Die Anwendung körperlichen Zwangs muss (8) da einzig erfolversprechende Mittel zur Informationserlangung sein.

⁵⁴ Brugger, JZ 2000, 168.

⁵⁵ Wittreck, DÖV 2003, 876.

⁵⁶ Kühl, AT, § 7, Rdnr. 52; Miehe, NJW 2003, 1220.

⁵⁷ Genau betrachtet lag im Frankfurter Entführungsfall schon keine Notwehrlage mehr vor, da das Opfer zum Zeitpunkt der Gewaltandrohung bereits tot war. Die Polizei handelte aber in der irrigen Annahme, dass das Opfer noch lebte, so dass der Vorsatz entfällt.

⁵⁸ Kretschmer, Recht und Politik 2003, 111; Kühl, AT, § 7, Rdnr. 33 m.w.N. und der Schlussfolgerung, der Bombenleger könne zur Preisgabe des Bombenverstecks gezwungen werden (womit aber offensichtlich legaler

40 b) Verteidigungshandlung

Das Notwehrrecht beschränkt sich jedoch auf die Abwehr des Angriffs, sie darf sich nur gegen Rechtsgüter des Angreifers richten. Dies folgt nach allgemeiner Ansicht sowohl aus dem Wortlaut des § 32 II StGB als aus der Schärfe des Notwehrrechts, die nur gerechtfertigt erscheint, wenn der Betroffene die Notwehrlage selbst zu verantworten hat. Für den Eingriff in Rechtsgüter Dritter ist dagegen § 34 StGB die speziellere Norm.⁵⁹ Aus diesem Grund kann jedenfalls die Aussageerpressung nicht unter Rückgriff auf das Notwehrrecht gerechtfertigt werden: Hier greift der Folterer nämlich, wie gesehen, nicht nur in die körperliche Integrität, die Willensfreiheit und die Würde des Entführers ein, sondern verletzt ausserdem das "Rechtsgut" der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens bzw. - individualistisch ausgedrückt - der Beteiligung des Bürgers am rechtsstaatlichen Verfahren. Von dieser Seite droht ihm bzw. dem Dritten aber keine Rechtsgutsverletzung.

41 c) Gebotenheit

Für die Strafbarkeit des Amtsträgers wegen Körperverletzung und Nötigung gilt zwar zunächst, dass das Notwehrrecht keine Güterabwägung verlangt, sondern umgekehrt nur durch ein krasses Missverhältnis zwischen dem Rechtsgut des Täters und dem des Angreifers "sozialethisch" eingeschränkt wird. Während man allein unter dem Aspekt der Menschenwürdekollision betrachtet ein solches Missverhältnis nicht annehmen wird,⁶⁰ ändert sich dies, berücksichtigt man die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens. Der Rechtsstaat ist unverfügbar; er kann sich auch in der Not nicht selbst abschaffen.⁶¹

42 Im Hinblick auf die absoluten Folterverbote kann daher von einer "Gebotenheit" der Folter nicht die Rede sein. Art. 1 I 1 GG, Art. 15 EMRK, Art. 4 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. 12. 1966 und Art. 2 II der UN-Anti-Folter-Konvention betonen ausdrücklich, dass das Folterverbot unter keinen Umständen ausser Kraft gesetzt wird auch "im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht", gilt. Sie setzen damit auch der Nothilfebefugnis des Amtsträgers eine absolute Grenze.

43 Rogall will dies auf besonders schwere Fälle von Folter beschränken. Da es im Frankfurter Fall bei der Androhung von Gewalt geblieben sei, sieht er das erforderliche "Mindestmass an Schwere" nicht erreicht, bemerkt dann aber paradoxer Weise selbst, "dass psychische oder körperliche Folter die Grenzen des Notwehrrechts jedenfalls überschreitet".⁶² Dem absoluten Charakter des internationalen Folterverbotes und seiner Pönalisierung wird aber nur eine Auslegung gerecht, die nicht zwischen der Androhung der Folter und ihrer Anwendung unterscheidet. Schon die Androhung von Gewalt macht nämlich, wie oben gezeigt, den Verdächtigen zum Objekt staatlichen Handelns und entzieht ihm die Mitwirkung am Verfahren.

44 Noch weiter geht Brugger, dem zufolge das polizeiliche Folterverbot bei Vorliegen von acht Kriterien relativiert werden müsse. Die Argumentation Bruggers, aus den Vorschriften über den tödlichen Rettungsschuss eine teleologische Reduktion des Folterverbots, ja sogar eine "Pflicht zur Folter" abzuleiten,⁶³ vermag aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil dadurch die Wertungen der strafrechtlichen Notrechte zum Zuge kämen, die das Folterverbot gerade ausschliessen will. Zudem ist der Rettungsschuss als blosser Duldung mit der Folter nicht vergleichbar, die den Betroffenen entgegen seinem Willen zu einer aktiven Handlung zwingt (Entsprechendes gilt für die häufig parallel diskutierte Frage, ob ein Flugzeug, das von Entführern auf ein Hochhaus oder ein

Zwang gemeint ist). Zu dieser Problematik Jürgen Welp, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin 1968, S. 336.

⁵⁹ BGHSt 5, 245; Fischer, StGB, § 32, Rdnr. 15; Kühl, AT, § 7, Rdnr. 84.

⁶⁰ Wittreck, DÖV 2003, 876.

⁶¹ Vgl. Welsch, BayVBl. 2003, 488 a.E.

⁶² Rogall, *Über die Rechte der Polizei bei Vernehmungen*, S. 7.

⁶³ Brugger, JZ 2000, 167, 170f.

Kernkraftwerk gelenkt wird, abgeschossen werden darf - auch hier geht es "nur" um eine Duldung). Schliesslich kann eine teleologische Reduktion verfassungsrechtlicher Garantien kaum unter Berufung auf einfaches Recht erfolgen.⁶⁴ Eine Relativierung des Folterverbots wäre auch mit der Kerngehaltsgarantie unvereinbar.⁶⁵ Folter ist absolut verboten und kann nach den Bestimmungen des internationalen Rechts auch in der Not nicht geboten sein.

S. 61

- HFR 11/2004 S. 5 -

45 **3. Rechtfertigender Notstand?****a) Aggressivnotstand: Wesentliches Überwiegen**

Untersucht man den in § 34 StGB (und § 904 BGB) geregelten rechtfertigenden Aggressivnotstand, so ist das Ergebnis ebenfalls überraschend eindeutig: Eine Rechtfertigung des Folterers würde nämlich erfordern, dass das geschützte Rechtsgut - eben Leib und Leben des Entführungsofers - das beeinträchtigte Rechtsgut - hier die körperliche Integrität, Willensfreiheit und Menschenwürde des Entführers sowie (bei § 343 StGB) die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens - wesentlich überwiegt.

46 Angesichts ihrer herausragenden Stellung im Normensystem des Grundgesetzes ist kaum denkbar, wie die Menschenwürde einem weit höheren Rechtsgut geopfert werden könnte.⁶⁶ Selbst wenn man die entwürdigende Situation des Entführungsofers berücksichtigt, in einem Erdloch einem elenden Hungertod entgegensetzen, und die Menschenwürde des Opfers anführt, stünde immer noch Würde gegen Würde. Und bei § 343 StGB wird mit der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens noch ein Rechtsgut der Allgemeinheit verletzt, das auf der Seite der geschützten Rechtsgüter fehlt.

47 **b) Defensivnotstand: Kein Eingriff in Rechtsgüter Dritter**

Brugger kommt zu einem anderen Ergebnis, indem er darauf hinweist, dass der Entführer die Notstandssituation selbst zu verantworten hat.⁶⁷ In "strafrechtliche" Begriffe übersetzt, heisst das: Es handelt sich nicht um einen Fall des aggressiven Notstands, sondern des in § 228 BGB geregelten und auch darüber hinaus allgemein anerkannten Defensivnotstands, der auf dem Sicherungsgrundsatz beruht, dass jeder für die von ihm ausgehenden Gefahren selbst einzustehen hat und eine Abwehr dieser Gefahr zu Lasten des Gefährdenden in der Regel gerechtfertigt ist, sofern nicht das verletzte Interesse das geschützte wesentlich überwiegt.⁶⁸

48 Diese Argumentation übersieht jedoch, dass der Defensivnotstand als allgemeiner Fall der Notwehr nur Handlungen rechtfertigen kann, die sich gegen den Gefahrverantwortlichen richten, also zur "Verteidigung" vor der Gefahr dienen. Ist die Gefahr auf einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zurückzuführen, ist § 32 StGB sogar für diejenigen Autoren die speziellere Norm, die bei einer von Menschen ausgehenden Gefahr den Notstand grundsätzlich anwenden wollen.⁶⁹ Der Eingriff in Rechtsgüter unbeteiligter Dritter (also auch überindividueller Rechtsgüter wie der Rechtsstaatlichkeit) wird unter dem Gesichtspunkt des Notstands nur erlaubt, wenn die Abwendung der Gefahr allein durch Inanspruchnahme des Angreifers nicht möglich ist.⁷⁰ In dem Fall handelt es sich aber um einen Aggressivnotstand, dessen Güterabwägungsformel hier nicht greift.

49 **c) Die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB**

⁶⁴ Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 20.

⁶⁵ Hecker, Krit. Justiz 2003, 213; Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 8.

⁶⁶ Ebenso Wittreck, DÖV 2003, 876; Jahn, Gute Folter – schlechte Folter? S. 9f.

⁶⁷ Brugger, JZ 2000, 169.

⁶⁸ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch- analytischer Methode, 2. Auflage, Berlin 1988, S. 142ff.

⁶⁹ Vgl. Roxin, AT I, § 16, Rdnr. 16; Kühl, AT, § 8, Rdnr. 57. Gegen eine Anwendung von § 34 StGB überhaupt Seelmann, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978, S. 32.

⁷⁰ Schönke / Schröder / Lenckner, § 34, Rdnr. 16; Kühl, AT, § 8, Rdnr. 59.

Gegen eine Rechtfertigung der Folter spricht auch, soweit man ihr eigenständige Bedeutung beimisst,⁷¹ die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2, nach der die Tat ein angemessenes Mittel sein muss, um die Gefahr abzuwenden.

- 50 Der zweifelhafte Wahrheitsgehalt, der historisch mit der Folter verbunden ist, vermag allein freilich die Eignung der "Gefahrenabwehrfolter" nicht zu beseitigen;⁷² eine Aussage über den Aufenthaltsort des Entführungsoffers kann ja verifiziert werden. Ein gewisser "Gebrauchswert" der Folter lässt sich daher kaum leugnen.⁷³
- 51 Zweifelhaft ist aber die Annahme der Erforderlichkeit, die bekanntlich fehlt, wenn es ein milderer (hier: legales) gleich wirksames Mittel gibt. Die Androhung zwar heftiger, aber doch immerhin kurzzeitiger Schmerzen, wie sie die Folter herbeiführt, vermag wohl kaum effektiver zur Aussage zu motivieren als der legale Hinweis darauf, dass den Entführer eine lebenslange Freiheitsstrafe erwartet, sollte das Opfer nicht überleben (vgl. § 239a III StGB).⁷⁴ Wollte man die Folter im Grundsatz erlauben, wäre ein streng abgestuftes Vorgehen geboten, dessen Notwendigkeit im Einzelfall kaum angeben werden könnte. Jede Folter stünde im Verdacht, gegenüber einem milderem Eingriff bereits zu hart zu sein.⁷⁵
- 52 Jedenfalls fehlt es aber an der Angemessenheit des Mittels im engeren Sinn. Selbst bei schweren Notstandslagen ist nämlich nicht jeder Eingriff zu rechtfertigen. Der Rechtsbegriff setzt vielmehr dort eine Grenze, wo der Notberechtigte existentielle Rechtsgüter eines anderen oder überpersönliche Rechtsgüter wie die Rechtspflege verletzen würde.⁷⁶ Die Freiheit der autonomen Selbstbestimmung ist aber für die Person ebenso unverzichtbar wie die Teilnahme des Betroffenen am Verfahren für den Rechtsstaat existentiell ist. Die Folter würde sowohl die persönliche Freiheit wie die rechtsstaatliche Garantie des Zusammenlebens in Frage stellen und damit "für die Rechtskultur einen basalen Normgeltungseinbruch" bedeuten.⁷⁷ Sie kann daher niemals ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr sein.

53 **4. Rechtfertigende "Pflichtenkollision"?**

Kaum anders sieht es bei der rechtfertigenden Pflichtenkollision (Kollision von Pflichtgründen)⁷⁸ aus, die sich laut Wittreck für eine Lösung im Entführungsfall aufdrängt, da sie geringere Anforderungen als der rechtfertigende Notstand stellt.⁷⁹ Und in der Tat erfordert die rechtfertigende Pflichtenkollision kein wesentliches Überwiegen, es reicht vielmehr aus, wenn der Täter bei Aufeinandertreffen zweier sich ausschließender Rechtspflichten die nach seiner konkreten Lage objektiv höherwertige zum Nachteil der geringerwertigen⁸⁰ oder eine von zwei gleichwertigen Pflichten erfüllt. Was die Interessenlage angeht, könnte man im Entführungsfall wohl von gleichwertigen Pflichten sprechen.

- 54 Trotz der verminderten Anforderungen, die die rechtfertigende Pflichtenkollision an das Güter- und Interessenverhältnis stellt, liegen die Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes jedoch nicht vor. Dazu braucht nicht einmal entschieden zu werden, ob neben der Kollision zweier Handlungs- auch diejenige zweier Unterlassungspflichten

⁷¹ Diese Klausel setzt nach einem Teil der Lehre der Verrechnung von Interessen eine absolute Grenze, während ihr Gehalt nach dem anderen Teil der Lehre in die Interessenabwägung einfließt; vgl. zu diesem Streit Andreas Meissner, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), Berlin 1990, S. 38f; Michael Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin 2002, S. 268ff.

⁷² Anders wohl Jerouschek / Kölbl, JZ 2003, 618.

⁷³ Spirakos, Folter, S. 33.

⁷⁴ Schroeder, ZRP 2003, 180; Kretschmer, Recht und Politik 2003, 107.

⁷⁵ Jerouschek / Kölbl, JZ 2003, 618.

⁷⁶ Köhler, AT, S. 290f. Vgl. Kretschmer, Recht und Politik 2003, 106.

⁷⁷ Jerouschek / Kölbl, JZ 2003, 618f.

⁷⁸ Vgl. Michael Köhler, Strafrecht AT, Berlin u.a. 1997, S. 294 mit Hinweis auf Kant, Metaphysik der Sitten, Einl. IV, Ausgabe Weischedel, Band IV, S. 330.

⁷⁹ Wittreck, DÖV 2003, 877.

⁸⁰ BGHSt 2, 242.

anerkannt werden soll (was nach h.M. nicht der Fall ist). Im Entführungsfall kollidieren nämlich schon keine *gleichartigen* Pflichten: Die Pflicht, die Gefahr für das Entführungsoffer durch eine Folterhandlung abzuwenden, ist eine Handlungspflicht, die Pflicht, dabei keine Gewalt anzuwenden, hingegen eine Unterlassungspflicht. Es ist aber nicht nur historisch betrachtet ein Unterschied, ob der Staat durch seine Amtsträger selbst die Menschenwürde verletzt oder ob er nur tatenlos zusehen muss wie andere dies tun. Bei der Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten gilt daher der Grundsatz der Priorität der Pflichtbeziehung: Die Unterlassungspflicht ist immer schon begründet, wenn die Interessenlage eine Handlung fordert.⁸¹ Daher ist die Kollision nach Notstandsgrundsätzen zu entscheiden mit der Konsequenz, dass zur Rechtfertigung ein wesentliches Überwiegen des durch die Handlung geschützten Interesses vorliegen muss. Ist die Handlung nämlich durch Notstand gerechtfertigt, entfällt die Unterlassungspflicht; ist sie es nicht, entfällt die Handlungspflicht, weil sie nicht auf ein rechtmässiges Tun gerichtet sein kann.⁸² Eine Kollision von Pflichten oder Pflichtgründen liegt damit im Entführungsfall nicht vor.

S. 62

- HFR 11/2004 S. 6 -

55 V. Entschuldigung der Folter?

Kann nach alledem die Aussageerpressung in den Entführungsfällen nicht gerechtfertigt werden, bleibt noch die Frage der Schuld. Hier kommt ein Verbotsirrtum, der in § 35 StGB geregelte entschuldigende Notstand und der in der Literatur diskutierte "übergesetzliche entschuldigende Notstand" in Betracht.

56 1. Verbotsirrtum?

Ohne Schuld handelt gem. § 17 StGB, wem die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Wenn der Polizist bei einer Abwägung von Leben und Würde zu dem Ergebnis gelangt, er müsse dem Entführungsoffer notfalls mit Gewalt helfen, mag er die Einsicht, Unrecht zu tun, erfolgreich verdrängen. Nach der gesetzlichen Regelung kommt es jedoch für eine Entschuldigung auf die Unvermeidbarkeit dieses Irrtums an. Dazu wird in der aktuellen Diskussion zu Recht hervorgehoben, dass bei staatlichen Organen hier strenge Anforderungen zu stellen sind.⁸³ Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Folterverbote dürfte der Irrtum vermeidbar sein, so dass er laut § 17 Satz 2 StGB lediglich für die Strafzumessung eine Rolle spielt. Für unvermeidbar könnte den Irrtum freilich halten, wer unterstellt, dass der Polizist sich vorher bei Brugger oder anderen Autoren über die Rechtslage erkundigt hat, die sich für eine Zulässigkeit der Folter aussprechen.⁸⁴

57 2. Entschuldigender Notstand?

In den Fällen, in denen kein wesentlich überwiegendes Interesse im Sinne von § 34 StGB vorliegt, kann der Täter nach § 35 StGB entschuldigt sein. Die systematische Einordnung ist strittig,⁸⁵ doch kommt es hier darauf nicht an. In Deutschland ist nämlich dem entschuldigenden Notstand eine verhältnismässig enge Grenze gesetzt. Nach § 35 I StGB handelt nur "ohne Schuld", wer die Tat begeht, um "die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden". Der Polizist greift aber zur Folterhandlung, um ein ihm unbekanntes Entführungsoffer oder, in den ticking-bomb-cases, ihm ganz unbekannte Menschen zu schützen, so dass der entschuldigende Notstand nicht eingreift.

⁸¹ Köhler, AT, S. 295.

⁸² Adolf Schönke / Horst Schröder / Theodor Lenckner, StGB, 26. Auflage, München 2001, vor § 32, Rdnr. 71/72 m.w.N.; Thomas Fischer, StGB, 50. Auflage, München 2001, vor § 32, Rdnr. 11. Vgl. ebenso zur verfassungsrechtlichen Kollision von Abwehrrecht und Schutzpflicht Welsch, BayVBl. 2003, 484.

⁸³ Wittreck, DÖV 2003, 876.

⁸⁴ Vgl. Althoff, StreiT Mai 2003.

⁸⁵ Dazu Schönke / Schröder / Lenckner / Walter Perron, StGB, § 35, Rdnr. 2.

58 3. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand?

In Betracht kommt allein der "übergesetzliche entschuldigende Notstand", der vom überwiegenden Teil der Literatur als Entschuldigungsgrund anerkannt wird.⁸⁶ Bezeichnet wird er auch als "übergesetzlicher strafunrechtsausschliessender Notstand", "übergesetzlicher Schuldausschluss" oder als "entschuldigende Pflichten- oder Interessenkollision".⁸⁷

59 Gegen die Übergesetzlichkeit lässt sich im Fall der Folter freilich einwenden, dass der Gesetzgeber den fraglichen Interessenkonflikt einschliesslich der Gewissensnot durch die öffentlich-rechtlichen Folterverbote bereits abschliessend entschieden hat, es folglich an einer Lücke fehlt.⁸⁸ Soweit aber die "strafrechtliche Ansicht" eine vom öffentlichen Recht abweichende Bewertung der Notrechte zulässt, ist nach einem Grund dafür zu fragen.

60 Entwickelt wurde der übergesetzliche entschuldigende Notstand für die "Euthanasie"-Prozesse der Nachkriegszeit.⁸⁹ Erörtert wird er ferner am quantitativen Lebensnotstand, wenn also infolge der Unabwägbarkeit von Leben selbst gegen viele Leben der rechtfertigende Notstand nicht eingreift, und bei der aktiven direkten Sterbehilfe. Die Fälle haben gemeinsam, dass zwar die gesetzlichen Regelungen zum Notstand nicht eingreifen und es auch am Unrechtsbewusstsein nicht fehlt, der Täter aber in einer notstandsähnlichen Situation steht und deshalb die Nachsicht der Rechtsgemeinschaft erwarten darf. Als Grund für diese Nachsicht wird in der Literatur eine zweifache Schuldinderung und ein Verfehlen der Strafzwecke angegeben:

61 Die erste Schuldinderung wird durch den herabgesetzten Handlungs- und Erfolgsunwert begründet, der darin liegt, dass der Täter ein Rechtsgut erhält und dies auch bezweckt. Die zweite Schuldinderung folgt daraus, dass sich der Täter in einem schweren Gewissenskonflikt befindet, in einer seelischen Zwangslage, weil die ihm auferlegte Rechtspflicht seinen moralischen Vorstellungen widerstreitet.⁹⁰

62 Die Anhänger einer strafzweckorientierten Notstandstheorie verlangen zudem, dass es an einem "präventiven Strafbedürfnis" fehlt. Sie begrenzen die Entschuldigung auf Fälle, in denen das verletzte Interesse "sowieso verloren", der Verlust mithin dem Täter nicht zuzurechnen ist.⁹¹ Der Täter wird demnach entschuldigt, weil er keinen vorwerfbaren Mangel an Rechtsgesinnung zeigt, "sozial eingegliedert" ist, die Öffentlichkeit "wegen der Ausweglosigkeit der Situation Nachsicht" übt und eine "Nachahmung wegen der Singularität des Vorganges (Euthanasie) nicht zu befürchten" ist.⁹²

63 Subsumiert man die Folterfälle unter diese Merkmale, so ist zwar ein gemindertenes Unrecht nicht von der Hand zu weisen, verfolgt der Folterer doch einen "guten Zweck". Auch das Vorliegen eines schweren Gewissenskonfliktes ist in den Entführungsfällen und in den "ticking-bomb-cases" jedenfalls denkbar, in denen es naheliegt, dass sich der Polizist, der für die Ermittlungen zuständig ist, für das Leben des Entführungsoپfers subjektiv verantwortlich fühlt.

64 Soweit darüber hinaus das Fehlen eines präventiven Strafbedürfnisses verlangt wird, scheidet der übergesetzliche entschuldigende Notstand daran. Gerade in den Folterfällen liegt, bleibt die Folterhandlung straflos, eine Nachahmung in künftigen ähnlichen Situationen nahe, was zu einer Aufweichung des Folterverbots führen würde. Die

⁸⁶ Die Rechtsprechung vertritt nur eine Strafausschliessung, andere gar nur eine Strafmilderung; dazu Schönke / Schröder / Lenckner, vor § 32, Rdnr. 115ff.

⁸⁷ So - und gegen den Begriff der Pflichtenkollision - Jakobs, AT, 20. Abschn., Rdnr. 39. Zum Ganzen Kühl, AT, § 12, Rdnr. 93.

⁸⁸ Welsch, BayVBl. 2003, 487; Kretschmer, Recht und Politik 2003, 113.

⁸⁹ BGH NJW 1953, 513 wollte hier mit der Annahme eines Verbotsirrtums helfen, der jedoch, wie oben gezeigt, nicht vorliegt.

⁹⁰ Kühl, AT, § 12, Rdnr. 96ff. Schönke / Schröder / Lenckner, vor § 32, Rdnr. 117.

⁹¹ Roxin, AT I, § 22, Rdnr. 148, 158; Jakobs, AT, § 20, Rdnr. 41f.

⁹² Kühl, AT, § 12, Rdnr. 98, 105.

Rechtsgemeinschaft muss daher, will sie nicht dem Vertrauen in die Garantie eines rechtsstaatlichen Verfahrens einen schweren Schaden zufügen, auf einer lückenlosen Ahndung der bekannt gewordenen Fälle von Folter bestehen und darf auch im extremen Einzelfall keine Nachsicht üben.

- 65 Aber auch ohne Berücksichtigung präventiver Gesichtspunkte dürfte es an den Voraussetzungen des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes fehlen. Enger als in § 35 StGB wird hier eine gegenwärtige Gefahr für das Leben gefordert, zu deren Abwendung die Rettungshandlung erforderlich und verhältnismässig sein muss, wobei für letzteres von einem Teil der Literatur ein einfaches Überwiegen des geschützten Interesses gefordert wird, während nach anderer Ansicht Gleichwertigkeit ausreicht.⁹³ Was das Vorliegen dieser Voraussetzungen betrifft, sei an das zum rechtfertigenden Notstand Gesagte erinnert.⁹⁴ Im Ergebnis handelt der Folterer nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft. Das Motiv, dem Entführungsoffer helfen zu wollen, befreit ihn nicht von der Strafe, sondern wirkt sich nach geltendem Recht nur bei der Strafzumessung aus.

S. 63

- HFR 11/2004 S. 7 -

66 VI. Ein Gesetzesentwurf

Nach alledem muss man also sowohl am Folterverbot als solchem als auch an der Strafbarkeit der Folter festhalten. Das durch den Interessenkonflikt geminderte Unrecht und das ggf. fehlende Unrechtsbewusstsein des Folterers kann nach geltendem Recht nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.

- 67 Inzwischen sind die Ausnahmen vom Folterverbot in Nordrhein-Westfalen bereits Gegenstand der parlamentarischen Diskussion. Der Entwurf des "Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes von Entführungsoffern und zur Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung"⁹⁵ würde, passiert er die parlamentarischen Hürden, die erste gesetzliche Regelung der Folter in Deutschland seit der Theresiana werden.
- 68 Ungläubig liest man dort in § 1: "Die Polizei ist befugt, das Mittel der Folter gegenüber Personen anzudrohen und anzuwenden, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder zur Abwehr einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich ist." Die Folter darf "nur angeordnet werden, wenn die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Entführungsoffers oder die Verhinderung einer Straftat auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre." Die Anwendung der Folter im Einzelfall unterliegt ferner einem Richtervorbehalt und darf nur durch entsprechend ausgebildetes Personal (unter Hinzuziehung eines Arztes)⁹⁶ durchgeführt werden. Die einzelnen Foltermethoden werden in dem Gesetzesentwurf nicht genannt, sondern die Landesregierung wird ermächtigt, dies durch Rechtsverordnung selbst zu regeln.
- 69 Es mag erstaunen, dass der Entwurf ausgerechnet von den Grünen kommt, doch die politischen Präferenzen dieser Partei werden in Absatz 3 berücksichtigt, wonach die geschlechtsspezifische Folter unzulässig, die Folter einer Frau daher durch weibliche Vollzugsbedienstete durchzuführen ist. Wer sich schliesslich bis zu den Regelungen über die Bildung von Folterkammern bei den Landgerichten und über den vor der Industrie- und Handelskammer abzulegenden Meisterberuf des Folterknechts durchgelesen hat, dem wird bewusst, dass es sich um Satire handelt.
- 70 Leider erscheint das Szenario nur in der Hinsicht unrealistisch, als hier die allseits bekannten Unzulänglichkeiten in der Kunst der Gesetzesformulierung kumuliert werden.

⁹³ So Kühl, AT, § 12, Rdnr. 99f.

⁹⁴ Ebenso Welsch, BayVBl. 2003, 488.

⁹⁵ AG Demokratie und Recht von Bündnis 90 / Die Grünen / GAL Münster, Pressemitteilung vom 21. 2. 2003: Bei Folter Rechtsstaatlichkeit beachten!, abrufbar unter: <http://www.guene-muenster.de/artikel373.html>.

⁹⁶ So könnte man den Gesetzesentwurf mit Miehe, NJW 2003, 1220 ergänzen. Zur Problematik solcher „rechtsstaatlich korrekter“ Kriterien Kramer, Krit. Justiz 2000, 624.

Die Forderung nach einer rechtlichen Regelung wird in den USA und Israel schon lange erhoben,⁹⁷ und auch der Frankfurter Fall sollte, wäre es nach der Polizei gegangen, Anlass für einen "echten" Gesetzesentwurf sein.⁹⁸ Wenn man daher abschliessend die Frage aufwirft, ob die Folter überhaupt gesetzlich eingeführt werden könne, so ist auch dazu nur auf die herausragende Stellung der Menschenwürde und des Rechtsstaatsprinzips in der Werteordnung des Grundgesetzes zu verweisen: Folter und Rechtsstaat sind miteinander unvereinbar. Menschenwürde und Rechtsstaatsgarantie aber unterfallen der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG.⁹⁹

71 VII. Schluss

Folter ist nach alledem nicht nur verboten und strafbar, sie bleibt es auch, solange unsere Verfassung Geltung beansprucht. Bleibt abschliessend die Frage, ob das Ergebnis dem doppelten moralischen Dilemma gerecht wird, in dem sich der verantwortlich handelnde Polizist und die Angehörigen des Entführungsoffiziers befinden.¹⁰⁰ Auch der Staatsdiener, der nicht unmittelbar betroffen ist, steht in einem tragischen Konflikt, wenn er dem Tod eines unschuldigen Entführungsoffiziers zusehen muss, anstatt den eigentlich Verantwortlichen mit Gewalt zur Rettung zu zwingen. Doch das Recht lässt diese Hilfe aus guten Gründen nicht zu. Recht ist eben nicht immer mit den Geboten der Nützlichkeit und der Moral kongruent. Es gibt Situationen, in denen der Konflikt nicht aufgelöst werden kann und dann zugunsten des Rechts entschieden werden muss.¹⁰¹ Die Erhaltung des Rechtsstaats hat in jedem Fall Vorrang vor der Nützlichkeit im Einzelfall. Dieses Dilemma ist gemeint, wenn die Rede davon ist, der Polizist werde in der konkreten Situation vom Recht im Stich gelassen.

72 Allein gelassen werden aber auch die Angehörigen des Entführungsoffiziers, die, würden sie den Entführer selbst foltern und dadurch das Opfer befreien, zumindest faktisch besser stehen als bei einer Auslieferung des Entführers an die Staatsorgane, wozu sie das staatliche Gewaltmonopol eigentlich verpflichtet. Verzichtet der Rechtsstaat darauf, von seinem Gewaltmonopol, mit dem ihn die Bürger ausgestattet haben, vollumfänglich Gebrauch zu machen und die Bürger mit allen Mitteln vor Verbrechen zu schützen, könnte dies also im Extremfall zu der politisch unerwünschten Konsequenz führen, dass der Bürger das "Faustrecht" wiederentdeckt.¹⁰² Auch wenn man mit Hecker annähme, dass die Drittwirkung der Gewährleistung der Menschenwürde selbst Privaten die "Rettungsfolter" absolut verbietet¹⁰³ (womit freilich der Sinn der Notrechte, den unmittelbar Betroffenen zu schützen, verloren ginge), wäre diese Möglichkeit faktisch nicht von der Hand zu weisen.

73 Das Recht kann an diesen Dilemma nichts ändern, ohne sich selbst zu verraten. Um solche Konflikte zwischen dem Recht und der Nützlichkeit / Moral aufzulösen, hält die Verfassung aber ein besonderes Mittel bereit: Die Gnade. Sie allein kann den rechtskräftig verurteilten Folterer von der Abbüßung der Strafe befreien, ohne den Anspruch des Rechtsstaates auf Achtung der Menschenwürde und Freiheit des Straftäters aufzugeben. Eine Verrechtlichung der Gnade wäre hier jedoch der falsche Weg.

Zitierempfehlung: Harald Maihold, HFR 2004, S. 57 ff.

⁹⁷ Gegen solche Forderungen Ehrlich / Johannsen, in: Menschenrechte, S. 356ff.

⁹⁸ Hecker, Krit. Justiz 2003, 214 Fn. 21.

⁹⁹ Ebenso Kretschmer, Recht und Politik 2003, 114.

¹⁰⁰ Vgl. Jerouschek / Kölbel, JZ 2003, 620.

¹⁰¹ Vgl. die Stellungnahme von Bernhard Schlink, in: Darf der Staat foltern? Humboldt-Forum Recht 2002, Beitrag 4, S. 11 sowie in: Meier, Daumenschrauben gefällig? Deutschlandradio vom 29. 7. 2003.

¹⁰² So Bertram, MHR 2/03, S. 6ff.

¹⁰³ Hecker, Krit. Justiz 2003, 214 Fn. 19.