

DARF DER STAAT AUSNAHMSWEISE FOLTERN?*

Von Winfried Brugger, Heidelberg

I.

Darf der Staat foltern? Diese Frage kann man offensichtlich nur rhetorisch stellen, um die uns allen gemeinsame Überzeugung um so nachdrücklicher herauszustellen: Natürlich nicht! Und das ergibt Sinn: Der moderne Rechtsstaat hat sich von der Devise „Der Zweck heiligt die Mittel“ verabschiedet. Selbst in der Verfolgung legitimer Staatsziele darf er nicht alle ihm geeignet erscheinenden Mittel einsetzen, sondern nur diejenigen, die von der Rechtsordnung nicht verboten sind und die das Recht über die einschlägigen Eingriffsnormen zur Verfügung stellt; zudem untersteht die öffentliche Gewalt bei allen in Freiheitsrechte eingreifenden Maßnahmen dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit. Hinter dieser Beschränkung der Mittelwahl des Staates steht die kopernikanische Wende der Ethik und der Rechtsphilosophie der Neuzeit hin zur Anerkennung der Würde eines jeden Menschen, die sich in seinem Status als Selbstzweck und nicht nur Objekt für anderes oder andere ausdrückt¹. Für unsere Rechtstradition ergibt sich daraus eine konstitutive Prämisse: Der Mensch ist nicht nur Rädchen in der Staatsmaschine, das, wenn die Staatsraison es erfordert, beliebig eingesetzt oder ausgewechselt werden darf.

Diese allgemeinen Gedanken schlagen sich besonders prägnant nieder in der Verabschiedung der Folter aus dem Rechtsinstrumentarium der Neuzeit und in der berechtigten moralischen Empörung, die nach wie vor häufig

* Erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 22. April 1995 auf einem Symposium in Speyer anlässlich des 65. Geburtstags von *Helmut Quaritsch* gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Am besten kommt diese Wendung hin zur Autonomie des Menschen als Basis für Moral und Recht bei *Immanuel Kant* zum Ausdruck. Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei *Werner Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 44 ff., und *Heiner Bielefeldt*, Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie. Eine Einführung am Beispiel des Grundgesetzes, 1991. Die Kantische Objektformel hat Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG gefunden, wo sie der wichtigste Maßstab zur Identifikation von Verletzungen der Menschenwürde ist. Vgl. die Darstellung bei *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 11. Aufl. 1995, Rdnr. 387 ff

praktizierte, wenn auch offiziell nicht mehr propagierte Folterungen hervorgerufen². Wir Deutsche haben uns während der Nazizeit in die Reihe der Unrechtsstaaten eingereiht, die die Folter wieder als Herrschaftsinstrument einsetzten; um so mehr ist in unserem Land Sensibilität und waches Bewußtsein bei Eingriffen des Staates in die Persönlichkeit angebracht. Zur Erinnerung an die Wirkungen, die Folter hervorruft, seien hier einige Sätze von *Jean Améry*³, einem Betroffenen, zitiert: Schon die „simplen Schläge, die ja inkommensurabel sind mit der eigentlichen Tortur“, sind für den, „der sie erleidet, tief markierende Erlebnisse ... Ungeheuerlichkeiten. Der erste Schlag bringt dem Inhaftierten zum Bewußtsein, daß er *hilflos* ist – und damit enthält er alles Spätere schon im Keime.“ „Ich weiß nicht, ob die Menschenwürde verliert, wer von Polizeileuten geprügelt wird. Doch bin ich sicher, daß er schon mit dem ersten Schlag, der auf ihn niedergeht, etwas einbüßt, was wir vielleicht vorläufig das *Weltvertrauen* nennen wollen: die Gewißheit, daß der andere aufgrund von geschriebenen oder ungeschriebenen Sozialkontrakten mich schont, genauer gesagt, daß er meinen physischen und damit auch metaphysischen Bestand respektiert.“ „Mit dem ersten Schlag aber bricht dieses Weltvertrauen zusammen. Der andere, *gegen* den ich physisch in der Welt bin und *mit* dem ich nur solange sein kann, wie er meine Hautoberfläche als Grenze nicht tangiert, zwingt mir mit dem Schlag seine eigene Körperlichkeit auf. Er ist an mir und vernichtet mich damit.“

Die Ächtung von Folter erscheint, wenn man Berichte von Opfern auf sich wirken läßt und sich in deren Lage versetzt, als die einzig mögliche Folgerung: Folter darf nie zulässig sein! Überzeugt uns diese moralische Intuition auch dann, wenn der Staat nicht autoritär oder totalitär, sondern dem Grundsatz nach demokratisch und rechtsstaatlich organisiert ist und im konkreten Fall Ziele verfolgt, die für sich genommen als legitim erscheinen? Auch dann kann man in der moralischen und rechtlichen Reflexion für ein absolutes Folterverbot plädieren: Der Zweck heiligt nicht jedes Mittel; der Rechtsstaat soll und muß Wege finden, das gemeine Wohl mit humanen Maßnahmen zu gewährleisten! Dient nicht die Organisation von Staatsmacht gerade zu derjenigen Effektivierung der Gemeinwohlverwirklichung, die es erlaubt, bei der Mittelwahl Restriktionen zu akzeptieren, die in der Gesamtbalance das Wohl aller gleich gut fördert und das Staatshandeln

² Vgl. Jan Philipp Reemtsma (Hrsg.), *Folter. Zur Analyse eines Herrschaftsmittels*, 1991; *Edward Peters*, *Folter. Geschichte der Peinlichen Befragung*, 1991; Georg Hese-ding (Hrsg.), *Menschenrechte und Folter*, 1991; Art. Folter, in: *Lexikon des Rechts*, Bd. 1, hrsg. v. A. Reiffescheid u. a., 1968, I/112 f.; *Rolf Lieberwirth*, Art. Folter, in: *Erl-ler/Kaufmann* (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 1971, Sp. 1149 ff.

³ *Jean Amery*, *Jenseits von Schuld und Sühne. Bewältigungsversuche eines Überwältigten*, 1966, S. 50 ff., Taschenbuchausgabe 1977, S. 43 f., hier zitiert nach *Maihofer* (FN 1), S. 13 f.

trotzdem als rechtsstaatlich gemäßigt und damit vorbildlich erscheinen läßt?

Auf diese Fragen will ich im folgenden eingehen, und zwar nicht abstrakt, sondern bezogen auf einen konkreten, wenngleich – noch – hypothetischen Fall. Der Fall soll die Ausgangsthese überprüfen, in keinem, auch nicht in einem einzigen Ausnahmefall erlaube es das geltende Recht bzw. die moralische Reflexion, Folter zu einem „guten Zweck“ einzusetzen. Stellen wir uns folgende Situation⁴ vor: Die Stadt S wird von einem Terroristen mit einer chemischen Bombe bedroht und erpreßt. Bei der Geldübergabe wird der Erpresser von der Polizei gefaßt und in Gewahrsam genommen. Der Erpresser schildert der Polizei glaubhaft, daß er vor der Übergabe den Zünder der Bombe aktiviert hat; die Bombe werde in drei Stunden explodieren und alle Bewohner der Stadt töten; diese würden eines qualvollen Todes sterben, die schlimmste Folter sei dagegen nichts. Trotz Aufforderung gibt der Erpresser das Versteck der Bombe nicht bekannt. Androhungen aller zulässigen Zwangsmittel helfen nichts. Der Erpresser fordert eine hohe Geldsumme, die Freilassung rechtskräftig verurteilter politischer Kampfgenossen sowie ein Fluchtflugzeug mit Besatzung; als Sicherheit sollen ihn namentlich benannte Politiker begleiten. Die Polizei sieht, nachdem auch eine Evakuierung der Stadt nicht möglich erscheint, nur noch ein einziges Mittel der Gefahrenbeseitigung: das „Herausholen“ des Verstecks der Bombe aus dem Erpresser, notfalls mit Einsatz von Gewalt. Darf sie das?

Meine Vermutung ist, daß die meisten von uns spontan sagen werden: „Eigentlich nicht, aber ...“. Das „aber“ kann zweierlei bedeuten: Entweder man neigt intuitiv für einen solchen Fall zu einer Ausnahme von einem als absolut vorgestellten Folterverbot. Oder aber es beschleichen einen zwar Bedenken im Hinblick auf die drohenden Konsequenzen für die unschuldigen Bewohner der Stadt S und den Schaden durch Eingehen auf die Forderungen des Erpressers; diese Bedenken werden aber zugunsten der Aufrechterhaltung eines absoluten Folterverbots zurückgestellt⁵. Wie stellt sich das positive Recht zur Lösung dieses Falles⁶? Es gibt hier zwei Lösungswe-

⁴ Ein vergleichbarer Fall bei *Winfried Brugger*, *Würde gegen Würde*: VBIBW 1995, S. 414 f., 446 ff., mit ausführlichen Nachweisen zur positivrechtlichen Analyse.

⁵ Zu diesen beiden Alternativen auch *Niklas Luhmann* für einen ähnlichen Fall: Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, S. 1, 27: „Man könnte ... hier an eine ähnliche juristische Lösung denken – ungeachtet aller legalistischen Bedenken aufgrund von Art. 1 GG. Etwa: Zulassung von Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung, Verschiebung der Unterscheidung Recht/Unrecht in die Option des Opfers, Held oder Verräter zu sein. Insgesamt keine sehr befriedigende Lösung. Aber es befriedigt ja auch nicht, wenn man gar nichts tut und Unschuldige dem Fanatismus der Terroristen opfert.“

⁶ Ein nicht positiviertes staatliches Notstandsrecht (Nachweise unten FN 20) zu prüfen würde erst dann notwendig, wenn das positive Recht zur Bewältigung des

ge, die im folgenden anhand des Polizeirechts, des Verfassungsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention nachgezeichnet werden: die Diagnose eines absoluten Folterverbots auf der einen Seite (II.), die Relativierung des absoluten Folterverbots für den hier vorliegenden Ausnahmefall auf der anderen Seite (III.).

II.

1. Die Polizei beabsichtigt, die durch die Bombe drohende Vernichtungsgefahr zu beseitigen und nicht, oder jedenfalls nicht primär, den Erpresser seiner gerechten Strafe zuzuführen. Es handelt sich also um eine polizeirechtliche und keine strafprozessuale Maßnahme. Trifft den Erpresser eine Pflicht zur Aussage, die bei Nichtbefolgung zwangsweise durchsetzbar ist? Da die einzelnen Polizeigesetze in bezug auf Auskunftspflichten zum Teil differieren⁷, unterstelle ich, daß die Stadt S im Land Baden-Württemberg liegt. Hier braucht bei einer der Gefahrenabwehr dienlichen Aussage nicht auf die Generalklausel zurückgegriffen zu werden; vielmehr ergibt sich aus §§ 20 Abs. 1, 27 Abs. 4 S. 1, Abs. 3 Nr. 1 bwPolG, daß „zur Abwehr einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person“ eine Auskunftspflicht für den Erpresser besteht.

Diese grundsätzlich bestehende Auskunftspflicht könnte aber aus zwei Gründen ausgeschlossen sein: Zum einen sieht § 27 Abs. 4 S. 2 bwPolG ein Aussageverweigerungsrecht unter anderem für den Fall vor, daß die Auskunft den Auskunftspflichtigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Der Terrorist hat hier durch den Erpressungsversuch und die Aktivierung des Zündmechanismus der Bombe zweifellos schon strafbare Taten begangen⁸, doch würde eine Aussage von ihm keine neuen Straftaten hinzutreten lassen, sondern, wenn überhaupt, den Weg zur Strafmilderung eröffnen. Zum anderen könnte man an ein Aussageverweigerungsrecht denken, weil der gefaßte Erpresser als feststehender Tatverdächtiger Beschuldiger im strafprozessualen Sinn ist, und Beschuldigte

hier anstehenden Problems nicht ausreichte. Nach dem Sachverhalt liegt auch kein Fall des inneren Notstandes im Sinne von Art. 35, 87 a Abs. 4, 91 GG vor.

⁷ Vgl. *Frederik Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 1992, F Rdnr. 152 ff., 169 ff., 190.

⁸ Vgl. etwa die Strafbarkeit des Versuchs in bezug auf Nötigung (§§ 240 Abs. 1, 3; 22; 23 Abs. 1 StGB); Gefangenbefreiung (§§ 120 Abs. 1, 3; 22; 23 Abs. 1 StGB); Mord (§§ 211, 22; 23 Abs. 1 StGB); gefährliche Körperverletzung (§§ 223; 223 a Abs. 1, 2; 22; 23 Abs. 1 StGB); räuberische Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 3; 255; 22; 23 Abs. 1 StGB); Strafreitelung (§§ 258 Abs. 1, 2, 4; 22; 23 Abs. 1 StGB); Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§§ 311; 22; 23 Abs. 1 StGB); und die Strafbarkeit der Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten (§ 126 StGB) sowie der Bedrohung (§ 241 StGB)

haben nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO ein Recht zum Schweigen. Das Schweigerecht kann sinnvollerweise allerdings nur für Strafverfahren gelten. Dies wird in § 12 Abs. 2 S. 3 des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung klargestellt, der festsetzt: Das Aussageverweigerungsrecht „gilt nicht, wenn die Auskunft für die Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist“⁹. Diese Vorschrift sollte als allgemeiner Rechtsgedanke gelesen werden, der im gesamten Polizeirecht gilt¹⁰. Um für das Strafverfahren § 136 Abs. 1 S. 2 StPO aber nicht auszuhebeln, muß, wie es der folgende Satz 4 im hessischen Polizeigesetz auch vorsieht, die Verwendung der Information auf polizeirechtliche Zwecke beschränkt werden; eine strafprozessuale Verwendung scheidet aus. Der Erpresser muß also aussagen, er will aber nicht aussagen. Kann er zur Aussage gezwungen werden?

Für die Erzwingung von polizeilichen Verwaltungsakten gelten grundsätzlich die Vorschriften über den Polizeizwang. §§ 49 ff. bwPolG sehen demgemäß die Zwangsmittel Zwangsgeld, Zwangshaft, Ersatzvornahme und unmittelbaren Zwang vor. In der hier vorliegenden Situation kommt nur die Anwendung unmittelbaren Zwangs in Betracht, für den die §§ 50 bis 54 detaillierte inhaltliche und prozedurale Vorkehrungen treffen. Sozusagen quer gegen diese grundsätzlich in Betracht kommenden Zwangsmittel steht aber der die Vernehmung betreffende § 35 bwPolG: „(1) Die Polizei darf bei Vernehmungen zur Herbeiführung einer Aussage keinen Zwang anwenden. (2) Für Vernehmungen durch die Polizei, die nicht der Verfolgung einer mit Strafe oder Geldbuße bedrohten Handlung dienen, gelten §§ 68 a, 136 a und § 69 Abs. 3 der Strafprozeßordnung entsprechend.“ Da es sich hier um eine polizeiliche Vernehmung handelt, darf nach der klaren und unmißverständlichen Aussage des § 35 PolG kein Zwang gegen den Erpresser angewendet werden.

2. Diese Folgerung wird durch das Verfassungsrecht bestätigt. Aussagererpressung¹¹ durch Beugung des Willens und Anwendung von Zwangsmitteln kann in das Recht auf körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingreifen. Vorrangig für in Polizeigewahrsam befindliche Personen ist aber Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, der bestimmt: „Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.“ Diese Vorschrift bringt für eine spezielle Situation – festgehaltene Personen – das allgemeine Gebot des Art. 1 Abs. 1 GG zum Tragen, die Würde des Menschen unbedingt zu achten und zu schützen. Umgekehrt formuliert: Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ist im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG zu interpretieren und drückt das Verbot aus,

⁹ Hierzu *Rachor* (FN 7), F Rdnr. 178 ff.

¹⁰ So auch *Heinrich Scholler/Bernhard Schloer*, *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl. 1993, S. 103 f., 106.

¹¹ Der Begriff wird hier untechnisch verwendet, nicht wie im engeren § 253 StGB.

Festgenommene nur als Mittel, als Objekt der Staatsgewalt zu behandeln, ihnen den Status als achtungswürdige Person zu verweigern. Daraus ergibt sich folgerichtig: „Folter ist generell unzulässig¹².“ Beide hier einschlägigen Normen – Art. 104 Abs. 1 S. 2 und Art. 1 Abs. 1 GG – enthalten keine Einschränkungsvorbehalte; in der Verfassungsrechtsdogmatik führt dies oft zu dem Schluß, jeder Eingriff in die Menschenwürde sei automatisch eine Verletzung, könne nie gerechtfertigt sein¹³. Das Fehlen eines Einschränkungsvorbehalts bei Art. 1 Abs. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG stellt die verfassungsrechtliche Basis des ebenfalls keine Ausnahme vorsehenden polizeirechtlichen Verbots dar, bei Vernehmungen Zwang anzuwenden.

3. Die Konsistenz des Verbots der Aussagenerpressung auf nationaler Ebene wird ergänzt und bestärkt durch die entsprechende Ächtung von Folter und folterähnlichen Maßnahmen auf supranationaler Ebene. Von der Vielzahl einschlägiger Regelungen¹⁴ seien hier nur die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 sowie das UN-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 erwähnt. Alle diese Pakte enthalten absolute Verbote der Folter oder näher bestimmter folterähnlicher Behandlung¹⁵, was für die Europäische Menschenrechtskonvention näher dargestellt werden soll. Art. 3 EMRK bestimmt: „Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“ Dieses Verbot ist, wie sich aus Art. 15 EMRK ergibt, notstandsfest: Selbst im Kriegsfall oder anderen öffentlichen Notständen darf Art. 3 nicht eingeschränkt werden. Jeder Eingriff in Art. 3 EMRK ist demnach, in Parallele zu Art. 1 Abs. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG, automatisch eine Verletzung; die dort genannten Maßnahmen lassen sich nie rechtfertigen. Würde die Polizei hier den Erpresser mit Gewalt zur Aussage zwingen, läge also eine Verletzung von Art. 3 EMRK vor.

¹² Hans D. Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, Komm. zum GG, 3. Aufl. 1995, Art. 2 Rdnr. 57 m. w. Nachw. Vgl. auch *Christian Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Komm. zum GG, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 32, 37, 40.

¹³ Vgl. BVerfGE 75, 369 (380); *Pieroth/Schlink* (FN 1), Rdnr. 397; *Tatjana Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 92.

¹⁴ Vgl. die bei *Bruno Simma/Ulrich Fastenrath*, Menschenrechte. Ihr Internationaler Schutz, 3. Aufl. 1992, unter VII. (S. XX ff.) genannten Dokumente; *Markus Raess*, Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, 1989, Teile II und III, sowie die Beiträge in: *Franz Matscher* (Hrsg.), Folterverbot sowie Religions- und Gewissensfreiheit im Vergleich, 1990, S. 69 ff.

¹⁵ Vgl. Art. 5 der AEMR, Art. 7 Satz 1 und Art. 4, 10 Abs. 1 des Zivilpaktes; Art. 1, 2 und 4 der UN-Folterkonvention; Art. 3 und 15 EMRK; Text in *Simma/Fastenrath* (FN 14), unter Nr. 2, 8, 28, 29

Läge auch das Tatbestandsmerkmal der *Folter* vor, das bisher untechnisch verwendet worden ist? Das hängt zum einen von den konkreten Maßnahmen gegen den Erpresser ab, die hier noch nicht spezifiziert sind. Man muß unterstellen: Die Polizei würde alles Notwendige, aber auch nicht mehr tun, um das Versteck der Bombe zu erfahren. Zum anderen hängt dies von dem Begriff der Folter in Art. 3 EMRK in Abgrenzung zu den dort genannten anderen Maßnahmen ab. Sicher ist, daß Folter über unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe hinausgeht. Gewisse Unsicherheiten bestehen, wo genau die Grenze zu ziehen ist: Muß ein besonders intensiver oder bösartiger Eingriff in die körperliche Integrität vorliegen, oder reicht die systematische Anwendung für sich genommen nicht schwerwiegender körperlicher Eingriffe aus? Fallen auch moderne Techniken unter Folter, die zwar nicht unmittelbar die körperliche Integrität beeinträchtigen, aber die Freiheit der Willensentscheidung aufheben, indem sie schwere geistige und psychische Störungen verursachen¹⁶? Weitgehend akzeptiert ist im Völkerrecht die Folterdefinition des § 1 Abs. 1 der UN-Folterkonvention¹⁷. Danach ist Folter „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfaßt nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“ Die für diese Definition einschlägigen drei Elemente¹⁸ lägen im Ausgangsfall vor: (1) Die Polizisten würden notfalls dem Erpresser große Schmerzen zufügen; (2) Zweck wäre die ausdrücklich genannte Aussagenerpressung, und (3) handeln würden Amtspersonen. Das supranationale Recht bestätigt also das Ergebnis auf der nationalen Ebene: Der Erpresser darf nicht gefoltert werden, mit Zwang zur Aussage bewegt werden. Das Folterverbot gilt absolut.

¹⁶ Hierzu *Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert*, EMRK-Komm., 1985, Art. 3 Rdnr. 5 f.

¹⁷ Vgl. oben FN 15.

¹⁸ Vgl. *Raess* (FN 14), S. 42.

III.

1 Das bisherige Ergebnis wird nicht jedem einleuchten. Manche oder viele werden es für ungerecht und nicht akzeptabel halten. Deswegen soll in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob nicht doch ausnahmsweise eine polizeiliche Zwangsanwendung möglich sein konnte. Eine solche Überlegung scheint durch die dargestellten klaren Verbote der polizeilichen Ausagenerpressung ausgeschlossen, doch tauscht der erste Eindruck. Ausgeschlossen ist nur eine *Formulierungslücke*. Darunter ist das Fehlen einer Regelung an einem Ort zu verstehen, an dem man nach dem Gesetzesplan eine Regelung erwarten würde. Hier regeln die dargestellten Normen, was man in einem Rechtsstaat erwarten kann und muß, unmißverständlich. Staatliche Ausagenerpressung durch Folter ist unzulässig. Vielleicht liegt aber eine *Wertungslücke* vor, worunter eine Regelung zu verstehen ist, die dadurch, daß sie zu eng oder zu weit gefaßt ist, zu Spannungen mit (anderen) Wertungen der Moral oder des Rechts führt, also vor allem ungerecht ist oder in Widerspruch zu Verfassungsnormen steht¹⁹. Die Wertungslücke konnte darin liegen, daß die Interessen der bedrohten Einwohner der Stadt S, zu denen auch die Polizisten gehören, nicht ausreichend berücksichtigt worden sind. In den Vorschriften des § 35 bwPolG, des Art 1 Abs 1 und 104 Abs 1 S 2 GG sowie des Art 3 EMRK tauchen deren Interessen nicht explizit auf. Vielleicht sind sie implizit mit bedacht worden, aber für den hier vorliegenden Fall in unzureichender Weise? Um diese Frage beantworten zu können, sollten wir zunächst die Charakteristika dieses Falles verdeutlichen und die Handlungsmöglichkeiten der Polizei klären.

Der Fall zeichnet sich durch *folgende Merkmale* aus. Es liegt eine (1) evidente, (2) unmittelbare, gegenwärtige (3) Gefahr für die körperliche Integrität, das Leben und die Würde von Unbeteiligten vor, die (4) durch den identifizierbaren Störer verursacht worden ist. (5) Der Störer ist gleichzeitig die einzige Person, die die Gefahr beseitigen kann, und zwar dadurch, daß er (6) sich in die Grenzen des Rechts zurückbewegt, also das Versteck der Bombe preisgibt. (7) Dazu ist er auch verpflichtet²⁰.

¹⁹ Zu den Begriffen s. *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994 § 11 Abschnitt 1.

²⁰ Von diesen Sachverhaltsmerkmalen heben sich die unten FN 42-48 genannten Fälle ab. Sie unterscheiden sich auch von den Fällen, die in den 70er und 80er Jahren Anlaß zur Diskussion von Notstandsrechten des Staates waren (Stichwort Klaus Traube, Hanns Martin Schleyer, Peter Lorenz). Vgl. zu dieser Diskussion etwa *Meinhard Schroder*, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaats. Überlegungen zur Verteidigung des Rechtsstaates in außergewöhnlichen Lagen. AöR 103 (1978), S. 121 ff.; *Ernst Wolfgang Bockenforde*, Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen. NJW 1978, S. 1881 ff.; *ders.*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. ZfParl 11 (1980), S. 591 ff.; *ders.*, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat. In: Vogel/Simon/Podlech (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen

Die *faktischen Handlungsmöglichkeiten* der Polizei teilen sich in zwei Handlungsalternativen auf, die wiederum je zwei Verhaltensvarianten beinhalten. (1) Die Polizei zwingt den Erpresser nicht zur Aussage, das ist das Ergebnis des absoluten Folterverbots. (a) Sie gibt seinen Forderungen nach. Dann wäre das Leben der Einwohner vermutlich gerettet, diese Rettung wäre aber mit erheblichen anderen Einbußen verbunden. Eingriffen in die Strafrechtspflege, das Rechtsstaats- und Gleichheitsprinzip wegen der Freilassung rechtskräftig verurteilter Straftäter, Eingriffen in vitale Grundrechtsgüter der Geiseln. (b) Foltert sie nicht und gibt sie den Forderungen nicht nach, droht die Lebensvernichtung aller, die Gefahr wäre nicht beseitigt, sondern der Schaden würde eintreten. (2) Die Polizei foltert den Erpresser. (a) Er teilt das Versteck der Bombe mit, die Gefahr konnte beseitigt werden. (b) Der Erpresser ist hartnäckig und teilt das Versteck nicht mit. Dann droht Lebensvernichtung aller.

Man sieht. Will man die Gefahr beseitigen, führt das absolute Folterverbot zu erheblichen Rechtsstaats- und Grundrechtseingriffen bei anderen – unschuldigen – Personen, obwohl es dem Störer und vermutlichen Straftäter ohne weiteres möglich und rechtlich zumutbar ist, die Gefahr zu beseitigen. Ist das die richtige Balance der Gerechtigkeit? Sind hier offensichtlich in Spannung stehende Anforderungen von Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz richtig abgewogen? Daran läßt sich zweifeln. Zweifel allein reichen aber nicht aus. Stellt die Rechtsordnung entgegen dem ersten Anschein vielleicht doch Lösungsmöglichkeiten für diesen Fall zur Verfügung? Prüfen wir in einem zweiten Durchgang noch einmal das Polizeirecht, das Verfassungsrecht und das supranationale Recht.

2 Ansatzpunkt ist die Tatsache, daß das Polizeirecht unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung polizeirechtlicher Pflichten generell zuläßt, und zwar in nach Art und Intensität der drohenden Gefahr abgestufter Weise – die §§ 52 - 54 bwPolG machen dies deutlich. Das polizeiliche Eingriffsarsenal reicht nach § 54 bis zum Schußwaffengebrauch gegenüber Personen. Sogar der finale Todesschuß ist nach Abs 2 „zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.“ Diesem schwersten polizeilichen Eingriff vorgelagert sind mehrere andere Verhältnismaßigkeitserfordernisse. Insbesondere muß der Eingriff gerade gegen die Person notwendig sein, Eingriffe in Sachen dürfen nicht ausreichen (§ 52 Abs 1 S 2 bwPolG). Ferner muß das angewandte Mittel „nach Art und Maß dem Verhalten, dem Alter und dem Zustand des Betroffenen angemessen sein.“ (§ 52 Abs 1 S 3 bwPolG). Nach § 53 Abs 1 bwPolG muß

FS Martin Hirsch 1981, S. 259 ff.; *Gertrude Lubbe Wolff*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht. ZfParl 11 (1980), S. 110 ff.

der Schußwaffengebrauch generell hinter andere Mittel der körperlichen Gewalt zurücktreten. Hinter diesen gestuften Eingriffsbefugnissen werden *zwei generelle Maximen des Polizeirechts* deutlich: (1) Polizeirecht hat Gefahren effektiv abzuwehren und zu beseitigen. (2) Die Polizei hat Gesetz und Recht zu schützen und denjenigen, der deren Grenzen überschreitet, in seine Schranken zu verweisen²¹. Für den Fall des § 54 Abs. 2 bwPolG heißt dies: Das unschuldige Leben muß nicht zugunsten des Lebens des Störers geopfert werden.

Nun ist § 54 Abs. 2 bwPolG auf den hier vorliegenden Fall nicht direkt anwendbar: Seine Rechtsfolge ist der möglicherweise tödliche Schuß, nicht Einsatz von Zwang zur Erpressung einer Aussage. Doch sollte es überhaupt möglich sein, polizeirechtliche Aussagenerpressung zuzulassen, dann müßte ein so schwerwiegender Eingriff in Persönlichkeitsrechte an ganz enge Voraussetzungen gebunden werden. Die engsten Voraussetzungen im Polizeirecht bietet die Vorschrift über den finalen Todesschuß, denn dort steht Leben gegen Leben bzw. schwerwiegende Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit²². Wären deren Tatbestandsvoraussetzungen hier gegeben? Die tickende Bombe bedroht das Leben der Bewohner der Stadt S. Zwang gegen Sachen verspricht keinen Erfolg. Das Mittel der Aussagenerpressung scheint *ex ante*²³ geeignet, die Gefahr zu beseitigen; garantiert braucht die Wirksamkeit nicht zu sein. Ist die Aussagenerpressung das einzige Mittel, gibt es keine geringer eingreifende Methode zur Gefahrenbeseitigung? Man könnte den Forderungen des Erpressers nachgeben, doch brächte das neue Eingriffe in wichtige Verfassungswerte mit sich und würde zu weiteren Taten dieser Art verleiten²⁴. Somit ist die Aussagenerpressung geeignet und erforderlich (§ 52 Abs. 1, 3 bwPolG) bzw. das einzige Mittel (§ 54 Abs. 2 bwPolG). Nach dem Sachverhalt ist der unmittelbare Zwang auch ange droht worden (§ 52 Abs. 2 bwPolG). Schließlich läßt sich auch die Angemessenheit im engeren Sinn bejahen, wie sich aus der Wertung des § 52 Abs. 1

²¹ Vgl. hierzu *Hans Litsken/Erhard Denninger*, in: dies. (FN 7), D Rdnr. 7; *Denninger*, ebd., E Rdnr. 107, 115: „Die letzte Rechtfertigung für die polizeiliche Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter ergibt sich ... aus dem unbedingten Auftrag an die Polizei, Störungen und Gefahren zu beseitigen bzw. abzuwehren und zu verhüten. Ihm liegt die Vorstellung zugrunde, daß es keine (innenpolitische) Gefahrenlage geben kann, vor der die Polizei resignierend ‚die Waffen strecken‘ dürfte.“ *Was Denninger* hier für die Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter sagt, muß natürlich um so mehr für Störer gelten. Zu *eng Racher* (FN 7), F Rdnr. 143, der übersieht, daß die Geeignetheit und Erforderlichkeit als Elemente von Verhältnismäßigkeit nicht nur beschränkend wirken, sondern auch auf die Mittel geeigneter „Not-Wende“ hinweisen.

²² Soweit eine solche explizite Vorschrift im Landesrecht nicht existiert, wäre an das Gesamt der Vorschriften zum Einsatz unmittelbaren Zwangs, verbunden mit der oben dargestellten strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung, zu denken.

²³ Darauf kommt es im Polizeirecht an. Vgl. *Thomas Würtenberger*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: *Achterberg/Püttner* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, 1992, Kap. 7, Rdnr. 201.

²⁴ Vgl. BVerfGE 49, 24 (53 f.).

S. 3 bwPolG ergibt: Die Aussagenerpressung ist nach „Art und Maß dem Verhalten“ des Erpressers angemessen, sie wäre das einzig mögliche Mittel, das Gefahrenbeseitigung verspricht und gleichzeitig den Störer in die Grenzen des Rechts zurückdrängt. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift über den finalen Todesschuß wären also gegeben.

Die Rechtsfolge des § 54 Abs. 2 bwPolG – der tödliche Schuß – ist aber eine andere als die hier ins Auge gefaßte Aussagenerpressung. Vom möglichen Wortsinn aus umfaßt „Todesschuß“ nicht „Zwang zur Preisgabe von Information“. Damit scheidet eine – auch extensive – Auslegung aus. In Betracht kommt höchstens eine *Analogie*²⁵, die die Wertung der §§ 52 ff. bwPolG und insbesondere des § 54 Abs. 2 dazu benutzt, die eine Rechtsfolge (Todesschuß) durch die andere (Aussagenerpressung) zu ersetzen. Die Analogie stützt sich auf die Vergleichbarkeit der Situation, was man sich in Form eines Gedankenexperiments vor Augen führen kann: Wenn der Erpresser die Bombe in der Hand hielte und mit der Betätigung des Auslösers drohte, wären die Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 bwPolG gegeben, und die hier vorliegende Situation ist der Sache nach vergleichbar. Zuzugestehen ist freilich, daß die Aussagenerpressung sich gegenüber dem finalen Todesschuß nicht als Minus darstellt, obwohl, wie zu unterstellen ist, ein Gefolterter nach der Folterung noch lebt. Bei dem Todesschuß muß der Störer die Kugel „hinnehmen“; ein positives Tätigwerden ist nicht erforderlich. Bei der erzwungenen Aussage dagegen muß der Störer Dinge preisgeben, die er nicht (oder nur im Rahmen seiner Bedingungen) preisgeben will. Diese Beugung des Willens stellt sich als *Aliud* dar. Die Tatsache, daß die Aussagenerpressung nicht im gesetzlich geregelten Todesschuß „aufgeht“, heißt aber nur, daß es interpretativ einer Analogie bedarf. Diese baut auf der Vergleichbarkeit der beiden Situationen auf und sieht in der nichtbedachten Vergleichbarkeit der beiden Situationen in § 35 bwPolG die Wertungslücke. Falls dies so ist, falls also die Gesamtwertung der Vorschriften über den Polizeizwang und insbesondere die Vorschrift über die Zulässigkeit des finalen Rettungsschusses für den hier vorliegenden Falltypus „besser paßt“ als § 35 bwPolG, dann muß dies zu einer restriktiven Auslegung – einer teleologischen Reduktion²⁶ – des Verbots des § 35 bwPolG führen: Für

²⁵ Zur Terminologie *Zippelius* (FN 19), S. 43: „Die Grenze des möglichen Wortsinns ist auch die Grenze der Auslegung. Will die Jurisprudenz sie überschreiten, so kann das nicht durch Interpretation, sondern nur durch gesetzergänzende oder gesetzberichtigende Rechtsfortbildung, insbesondere durch ‚Lückenausfüllung‘ geschehen.“ Ähnlich *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 366.

²⁶ Vgl. zur Terminologie *Larenz* (FN 25), S. 391: Als Wertungslücke bzw. verdeckte Lücke zählt der Fall, „daß eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn, aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist. Die Ausfüllung einer solchen Lücke geschieht durch die Hinzufügung der sinngemäß erforderten Einschränkung.“

den hier vorliegenden Falltypus geht die Wertung der Vorschrift über den finalen Rettungsschuß vor; für alle anderen Fälle bleibt es bei dem Verbot des § 35 bwPolG. Damit liegt nach dieser Alternativlösung eine Einschränkung des Verbots der Anwendung von Zwang bei polizeilichen Vernehmungen vor. Läßt sich diese Wertung mit dem Grundgesetz vereinbaren?

3. Das Textergebnis des Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ist klar: Bei polizeilichen Vernehmungen ist Zwang nie erlaubt. Doch läßt sich auch hier fragen: Was ist mit der bedrohten Bevölkerung? Deren Grundrechtsinteressen an körperlicher Unversehrtheit, Leben und Würde werden durch den Erpresser bedroht. Die Abwehrdimension der Grundrechte kommt damit zwar unmittelbar nicht zur Anwendung, doch könnte die Polizei, wenn sie den Erpresser zur Aussage zwingt, eventuell durch die *Pflicht zum Schutz der Grundrechte der Einwohner* gerechtfertigt sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und nach Auffassung weiterer Teile der Literatur kommt den Grundrechten generell bzw. zumindest einigen besonders wichtigen Grundrechten wie dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nicht nur eine Abwehrfunktion, sondern auch eine Schutzpflichtdimension gegenüber Eingriffen von dritter Seite zu²⁷. Der Grund für diese Schutzpflicht wird in der Monopolisierung der Gewaltausübung durch die staatliche Gewalt und in der Sicherheits- und Friedensaufgabe des Staates gesehen; dieser Aufgabe entspricht die generelle Pflicht zum Schutz grundrechtlicher Interessen auch der Bürger untereinander²⁸. In aller Regel führt diese Schutzpflicht zu gesetzlichen und administrativen Vorkehrungen, vor allem im Strafrecht, im Deliktsrecht und im Polizeirecht. Ausnahmsweise können verfassungsrechtliche Schutzpflichten aber auch direkt Eingriffsbefugnisse verleihen, soweit die gesetzlich vorgesehenen Vorkehrungen nicht ausreichen und die Notwendigkeit eines Eingreifens klar ist²⁹.

Auf solche verfassungsrechtlichen Notbefugnisse braucht aber nicht zurückgegriffen zu werden, soweit einfachgesetzliche Eingriffsbefugnisse vorliegen, die nicht gegen höheres Recht verstoßen. Hier einschlägige Eingriffsnormen könnten die polizeirechtlichen Vorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwangs in analoger Anwendung sein, soweit sie den Todesschuß

²⁷ Vgl. *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *HdbStR V*, 1992, § 111; *Pieroth/Schlink* (FN 1), Rdnr. 92 ff.

²⁸ Vgl. *Isensee* (FN 27), Rdnr. 25 ff., 83 ff.; *Volkmar Götz*, Innere Sicherheit, in: *HdbStR III*, 1988, § 79 Rdnr. 29 ff., oben FN 21, und *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 547: „Das Verbot, private Rechte selbst durchzusetzen, das staatliche Gewaltmonopol ist nur dadurch gerechtfertigt, daß der Staat den Schutz seiner Bürger für diese übernimmt. Würden ihm für bestimmte Fälle die Hände gebunden, so müßte er seinen Bürgern gestatten, sich selbst zu verteidigen, selber Waffen zu tragen usw. Das wäre ein Rückfall in den Naturzustand, der niemandem nützen würde – auch dem Angreifer nicht.“

²⁹ Vgl. *Isensee* (FN 27), Rdnr. 161; wohl auch *BVerfGE* 46, 160 (164 f.).

regeln bzw. soweit in ihnen der Grundgedanke angelegt ist, daß die Gefahrabwendungsbefugnisse den dort genannten Abstufungen Rechnung tragen müssen. Nach Auffassung der h. M. verstößt diese Analogie aber gegen den Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG. Dieses Ergebnis soll im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG noch einmal überprüft werden, nunmehr unter Einbeziehung der Interessen der Einwohner der Stadt S.

Art. 1 Abs. 1 enthält ein *nicht einschränkungsfähiges Gebot, die Würde eines jeden Menschen zu achten*: Daraus erklärt sich der von vielen vertretene Grundsatz, jeder Eingriff in die Menschenwürde stelle automatisch eine Verletzung dar³⁰. Art. 1 Abs. 1 GG enthält aber ebenso ein *nicht einschränkungsfähiges Gebot für den Staat, die Würde aller Menschen zu schützen*, also positive Vorkehrungen zu deren Schutz zu treffen. Wirkt dieses Gebot zugunsten der Einwohner von S, deren Interessen die Polizei durch das Eingreifen gegen den Erpresser schützen will? Den Einwohnern droht bei Explosion der Bombe ein qualvoller Tod, nach der Ankündigung des Erpressers ist die schlimmste Folter dagegen nichts. Das heißt: Ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit i. S. v. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sind bedroht. Auch ihre Würde ist bedroht, falls man (1) den Würdeschutz mit dem Lebensschutz koppelt, falls man (2) Leben und Würde für gleichwertig hält oder falls man (3) das Leben der Würde überordnet. Für die ersten beiden Sichtweisen steht wohl die Aussage des BVerfG, daß das Leben einen „Höchstwert“ darstellt, in bezug auf den die staatliche Schutzverpflichtung „besonders ernst genommen werden“ muß³¹. Die letztgenannte Sicht wird vereinzelt in der Literatur vertreten³². Aber auch für Vertreter der Auffassung, die den Lebensschutz vom Würdeschutz abkoppeln und als geringerwertig ansehen (wofür die Existenz eines Einschränkungsvorbehalts bei Art. 2 Abs. 2 und das Fehlen eines solchen bei Art. 1 Abs. 1 GG spricht)³³, muß hier ein Eingriff in die Würde der Einwohner von S vorliegen – deren Qual und Folter ist mit derjenigen des Erpressers durchaus zu vergleichen, wenn nicht schlimmer. Sie werden von ihm als Mittel zum Zweck mißbraucht, als bloße Objekte benutzt, ihre Selbstbestimmung und ihr sozialer Wert- und Achtungsanspruch werden radikal geleugnet.

³⁰ Vgl. oben, FN 13.

³¹ *BVerfGE* 46, 160 (164) unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 39, 1 (42). Vgl. auch *BVerfGE* 49, 24 (53); 88, 203 (251 f.) und *Starck* (FN 12), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 67: „Menschliches Leben stellt einen Höchstwert als vitale Basis der Menschenwürde dar. Das Recht auf Leben, das in Art. 2 Abs. 2 gegen staatliche Eingriffe gewährleistet ist, wird auch vom Würdeschutz des Art. 1 Abs. 1 erfaßt. Daher ist der Staat verpflichtet, das menschliche Leben auch gegen Angriffe Dritter zu schützen.“

³² Vgl. *Michael Kloepfer*, Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde, in: *Christian Starck* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 2, 1976, S. 405, 412.

³³ So *Pieroth/Schlink* (FN 1), Rdnr. 398, 443.

Damit liegt eine *Kollision im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG* vor: Entweder Achtung der Würde, der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit der Willensentschließung des Erpressers oder Schutz der Würde und des Lebens der Einwohner von S – nach dem Sachverhalt ist keine andere Konstruktion möglich. Nach Ansicht der h. M. ist die Schutzpflichtdimension generell schwächer ausgeprägt als die Abwehrdimension³⁴. Das ist dem Grundsatz nach auch plausibel, stellt die Abwehrdimension doch die historisch erste und nach wie vor wichtigste Dimension der Grundrechte dar, die ja auch in der Formulierung als Freiheitsrechte Ausdruck gefunden hat³⁵. Aber gerade der Text des Art. 1 Abs. 1 GG macht deutlich, daß, soweit Würdebedrohungen im Spiel sind, Schutz durch positives Tun genau so wichtig ist bzw. je nach Situation genauso wichtig sein kann wie Achtung durch Unterlassen³⁶. Wer – wie das BVerfG³⁷ – den Lebensschutz dem Würdeschutz gleichstellt, muß diese Folgerung auch für Würde- und Lebensbedrohungen durch Dritte ziehen. Zudem bezieht sich der Nichteinschränkungs vorbehalt nicht nur auf die Achtungsverpflichtung, sondern auch auf die Schutzverpflichtung. Wenn eine solche klare und unvermeidbare Kollisionslage vorliegt, ist es legitim und grundsätzlich auch geboten, Gesichtspunkte von rechtmäßigem und rechtswidrigem Bürgerverhalten zur Entscheidung der Prioritätsfrage heranzuziehen: „Das menschliche Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar. Demgemäß folgt aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG die umfassende, im Hinblick auf den Wert des Lebens *besonders ernst zu nehmende Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, es vor allem vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren*“³⁸.

Wenn denn dieser Gedanke bei einer unvermeidbaren Kollisionslage von Leben und Würde herangezogen werden kann, so muß die These, jeder Eingriff in die Menschenwürde sei ohne weiteres eine Grundrechtsverletzung³⁹,

³⁴ Vgl. *Pieroth/Schlink* (FN 1), Rdnr. 92 ff.

³⁵ Vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.).

³⁶ Zudem stellt sich staatlicher Schutz in Fällen wie dem vorliegenden ganz klassisch als Abwehr von Würdeverletzungen durch Dritte dar. Darauf weist zu Recht *Maihofer* (FN 1), S. 36 f., hin.

³⁷ Vgl. oben FN 31.

³⁸ BVerfGE 49, 24 (53). Hervorhebung durch W. B. Vgl. schon oben FN 21; *Rachor* (FN 7), F Rdnr. 554. Einfachgesetzlich spiegelt sich diese Unterscheidung in dem Hinweis auf das Verhalten des Betroffenen wider, gegen den unmittelbarer Zwang ausgeübt werden soll: § 52 Abs. 1 S. 3 bwPolG. S. auch *Paul Kirchhof*, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, in: *Birtles/Marshall/Heuer/Kirchhof/Müller/Spehar* (Hrsg.), Die Zulässigkeit des Einsatzes von staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976, S. 83, 114: „In diesem und ähnlichem Extremfall [das meint: einer unvermeidlichen Grundrechtskollision] gibt ein weiteres Rechtsgut, der Geltungsanspruch der Gesamtrechtsordnung, den Ausschlag ... Das in Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer verdient den vorrangigen Schutz des Staates. Der Angreifer verliert ihn, soweit der Schutz des Opfers dieses fordert.“

³⁹ Vgl. oben FN 13.

relativiert werden. Für den hier vorliegenden Fall kann ein Eingriff ausnahmsweise gerechtfertigt sein⁴⁰. Soweit die Rechtfertigung reicht, muß Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG demgemäß in seinem Anwendungsbereich reduziert werden⁴¹. Diese Konsequenz entspricht zwar nicht der h. M., ist aber für Fälle wie den hier vorliegenden geboten, um allen Bürgern vor Augen zu führen: Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen. Dieser Satz muß freilich mit der strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung verbunden werden, wie sie für Grundrechte im allgemeinen und für den finalen Todesschuß im besonderen gilt; auch müssen die Besonderheiten des vorliegenden Falles berücksichtigt werden⁴²: Der Konflikt zwischen Würde/körperlicher Unversehrtheit/Freiheit der Willensentschließung (für den Erpresser) und Würde/Leben (für die Einwohner von S) ist klar und unausweichlich. Die rechtliche Einschätzung des Verhaltens des Erpressers (rechtswidrig) und der Lage der Opfer (rechtstreu) ist eindeutig. Nur der Erpresser kann sich dem Eingriff entziehen, die Opfer nicht. Nur ihm ist der Rückzug in die Sphäre rechtmäßigen Verhaltens zumutbar; unzumutbar ist für die Bedrohten die Flucht oder die Auslieferung der Geiseln. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist nicht auszuschließen, daß die Zwangsanwendung ein geeignetes Mittel darstellt. Ein milderer zumutbares Mittel ist nicht ersichtlich. Die Angemessenheit läßt sich damit bejahen. Trotz der von der h. M. zu Recht in den Vordergrund gerückten Bedenken gegen staatliche Aussagerpressung ist also für diesen Fall eine Ausnahme möglich.

4. Läßt sich dieses alternative Ergebnis mit der EMRK vereinbaren? Auf den ersten Blick nicht: Art. 3 schließt die Aussagererzwingung aus; Art. 15 macht deutlich, daß diese Norm ausnahmslos gilt. Doch muß auch hier geprüft werden, ob die Interessen der Bevölkerung ausreichend berücksichtigt

⁴⁰ In diesem Sinne für Art. 1 Abs. 1 GG, soweit ersichtlich, nur *Starck* (FN 12), Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 28; vgl. auch Rdnr. 25 und 57: „Das Leben des Angegriffenen oder die Verhinderung eines massiven Angriffs auf dessen körperliche Integrität wird höher eingestuft als das Leben des Angreifers. Diese Wertung hält der Würdegarantie stand, zu der auch der Schutz vor rechtswidrigen Angriffen Dritter gehört.“

⁴¹ Diese Folgerung entspricht der schon für das Polizeirecht dargelegten Konsequenz: oben FN 26.

⁴² Vgl. schon oben bei FN 20. Die Vertretbarkeit der entwickelten Alternativlösung betrifft nur den hier diskutierten Fall, nicht andere Sachverhaltsgestaltungen, an die man auch denken könnte: Ansprüche bedrohter Bürger auf Schutz (der Schleyer-Entführungsfall in BVerfGE 46, 160); Fälle, in denen nicht so klar ist, daß die Bedrohung existiert und daß der gefaßte Bedroher gleichzeitig das Rettungsmittel in der Hand (bzw. im Kopf) hat; Fälle, in denen die klare Bedrohung von einem Minderjährigen oder Unzurechnungsfähigen ausgeht usw. Über die Lösung all dieser Fallvarianten gibt die obige Alternativlösung keine ausreichende Antwort. Ihr Anliegen ist ein bescheideneres: Sie soll Anregungen zur Behandlung eines Problems vermitteln, das in seiner Aktualität zunehmen wird und über das, wie mir scheint, die Polizeirechts- und Verfassungsrechtswissenschaft trotz der apodiktischen Aussagen zum Verbot der hier ins Auge gefaßten Maßnahmen noch nicht genügend (vor allem noch nicht ausreichend fallorientiert) diskutiert hat.

worden sind, die von dem Erpresser in Leben und Würde bedroht werden. Ansatzpunkt könnte folgende Frage sein: Ist das absolute, notstandsfeste Verbot des Art. 3 EMRK nicht vielleicht Ausdruck einer anderen Gefährdungslage als der hier vorliegenden? Art. 3 steht in der Tradition des Denkens, das Freiheits-, Lebens- und Würdebedrohung vor allem von der organisierten autoritären, wenn nicht totalitären Staatsgewalt erwartet⁴³. Damit spricht die Norm nicht oder jedenfalls nicht primär die Sachlagen an, in denen die Bürger privater Gewalt ausgeliefert sind, die genauso schlimme Auswüchse annehmen kann wie die öffentliche Gewalt⁴⁴, und in denen der Bürger auf staatliche Hilfe und staatlichen Schutz angewiesen ist, um in Freiheit und Würde leben zu können⁴⁵.

Für Akte privater Gewaltanwendung realisiert und akzeptiert die EMRK diese unterschiedliche Gefährdungslage, soweit zu deren Abwehr ein Eingriff in das Leben des Angreifers notwendig ist: Nach Art. 2 Abs. 1 EMRK sind absichtliche Tötungen grundsätzlich verboten. Abs. 2 bestimmt aber: „Die Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt: a) um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen ...“. Damit bekennt sich die EMRK zu einer staatlichen Schutzpflicht für das Leben Unschuldiger für den Fall, daß Private rechtswidrig Gewalt gegen diese anwenden und daß der Eingriff in das Leben des Störers das einzige Abwehrmittel ist⁴⁶. Diese enge Ausnahmeregelung er-

⁴³ Ganz deutlich in diese Richtung *Raess* (FN 14), S. 14 f.: Anwendung der Folter vor allem im Krieg, in Fällen innerer Unruhe, bei Bürgerkriegen, um Informationen von politischen oder militärischen Gegnern zu erhalten, zur Unterdrückung und Abschreckung der Opposition, zur Absicherung diktatorischer Herrschaft. Ähnlich BVerwGE 67, 184 (194): „Der Folter haben in der Vergangenheit typischerweise politische oder religiöse Motive zugrunde gelegen.“

⁴⁴ Damit verändert sich der Blickwinkel, der typischerweise mit der Folter verbunden ist, nämlich Evidenz und klares Täter-Opfer-Vorverständnis in bezug auf den Täter Staat und das Opfer Bürger. Vgl. zu diesen beiden Elementen *Wolfgang Kraushaar*, Schreckensbilder. Zum Folterphänomen in der politischen Kultur der bundesdeutschen Linken, in: Reemtsma (FN 2), S. 187, 205: „Das Wort Folter ... erweckt den Anschein, jeden Diskurs überflüssig zu machen. Wer das Wort verwendet, signalisiert zumeist, ein klares Bild zu haben, zu wissen, wer Opfer und wer Täter ist. Nicht als Terminus wird es gebraucht, sondern als Evidenzaufweis.“ S. auch die Betonung auf Folter als Herrschaftstechnik, Repressionspolitik und Staatsterrorismus bei *Jan Philipp Reemtsma*, „Wir sind alles für dich!“, in: ders. (FN 2), S. 7, 14 ff.

⁴⁵ Auch in diesen Fällen freilich besteht, wie der vorliegende Fall zeigt, das besondere Gefährdungspotential der „incomunicado-Haft“, eine Lage, die sich dadurch auszeichnet, „daß jeder Kontakt zwischen der inhaftierten Person und der Außenwelt unterbrochen ist“: *Raess* (FN 14), S. 15; vgl. auch die Hinweise in *Matscher* (FN 14), S. 74 f., 77 f., 104 ff. Zu überlegen ist, ob man dieser Gefahr durch (falls dies möglich ist) Hinzuziehung eines Richters begegnen kann, um polizeilichen Übereifer zu stoppen; dieser Rechtsgedanke kommt in Art. 104 Abs. 2, 3 GG zum Ausdruck. In diese Richtung gehen die Überlegungen von *Luhmann* (FN 5).

⁴⁶ Vgl. *Frowein/Peukert* (FN 16), Art. 2 Rdnr. 7, 10 f.; *Thomas Oppermann*, *Europarecht*, 1991, Rdnr. 82.

mächtigt die staatliche Gewalt dazu, in ihrem Amtsrecht Sorge dafür zu tragen, daß dem Lebensschutz ausreichend Rechnung getragen wird, etwa durch polizeirechtliche Regelungen, in denen für die hier einschlägigen Fälle der finale Todesschuß zugelassen wird⁴⁷.

Damit ergibt sich auf EMRK-Ebene die gleiche Problematik wie auf der Polizeirechts- und Verfassungsrechtsebene: Eingriffe in das Leben eines Störers sind in einem Extremfall wie dem vorliegenden zulässig, nicht aber Eingriffe durch „unmenschliche Behandlung“ oder „Folter“, worunter Aussagenerpressung durch unmittelbaren Zwang fällt. Das Leben des Erpressers dürfte durch einen gezielten Schuß vernichtet werden, wenn die Situation so wäre, daß er gerade die Bombe zündet; das Versteck der tickenden Bombe darf aber nicht zwangsweise herausgepreßt werden. Was soll hier Vorrang haben? Das absolute Verbot des Art. 3 oder die analoge Anwendung des Art. 2 Abs. 2 a EMRK? Für die Wertung des Art. 2 Abs. 2 a EMRK spricht folgendes: Die im Fall geschilderte Situation gleicht mehr der klassischen Notwehrsituation, in der der Staat als Schützer und Garant gegen Rechtsstörer auftritt, als der typischen Foldersituation, in der der Staat als Bedroher von Leben, Freiheit und Würde bestimmter Menschengruppen erscheint. Von der Situationstypik her ist Art. 2 Abs. 2 a die einschlägige Norm. Zuzugestehen ist freilich, daß von der Art der staatlichen Maßnahme her Art. 3 die einschlägige und klare Vorschrift ist, und nichts darf darüber hinwegtäuschen, daß die Wertung des Art. 3 ebenfalls ein konstitutiver Legitimitätsbestandteil des Rechtsstaates ist.

Trotzdem kann die Wertung des Art. 2 Abs. 2 a für die hier vorliegende Konstellation als vorzugswürdig angesehen werden, weil es (1) um eine unmittelbare, evidente Lebensbedrohung geht, die durch nichts anderes als die Aussagenerpressung zu verhindern ist, weil es (2) eine situative Zufälligkeit ist, daß der Erpresser die Bombe nicht in der Hand, sondern versteckt hat⁴⁸. Hinzu kommen zwei weitere, schon oben angeführte Überlegungen: (3) Der Würdeschutz, der hinter dem absoluten Verbot des Art. 3 EMRK steht, muß auch für die betroffenen Bürger gelten, deren Würde durch den drohenden qualvollen Tod ebenfalls betroffen ist. Und da (4) das Leben Voraussetzung für die Würde der Menschen ist⁴⁹ und zumindest un-

⁴⁷ Vgl. *Frowein/Peukert* (FN 16), Art. 2 Rdnr. 11: „Die Verteidigung eines Menschen gegen rechtswidrige Gewaltanwendung berechtigt, wenn das unbedingt notwendig ist, auch zur Tötung. Der gezielte Todesschuß zur Befreiung von Geiseln, deren Leben in unmittelbarer Gefahr ist, wird von Art. 2 Abs. 2 a EMRK zugelassen.“

⁴⁸ Betrachtet man diese Bedingungen, so erkennt man den Unterschied des hier zu lösenden Falles von dem Fall Republik Irland gegen Vereinigtes Königreich, den der EGMR am 18. Januar 1978 entschieden hat: EuGHMRE 25, S. 65 ff. = EuGRZ 1979, S. 149 ff. Dort ging es zwar auch um Aussagenerpressung, aber nicht beschränkt auf Fälle evidenter unmittelbarer Lebens- und Würdebedrohung Unschuldiger durch den für die Störung Verantwortlichen, der im übertragenen Sinn „den Finger am Abzug hat“ und gleichzeitig die Gefahr beseitigen kann.

ter den konkreten Fallumständen Lebensschutz gleich Würdeschutz ist, muß die staatliche Schutzverpflichtung sich auch auf die Verhinderung von unmenschlicher Behandlung und Folter durch private Störer erstrecken können. Akzeptiert man diese Argumente, so führt dies methodologisch zu einer analogen Anwendung des Art. 2 Abs. 2 a EMRK, verbunden mit einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 3 für die hier vorliegende Fallkonstellation⁵⁰. Damit steht das Ergebnis der Alternativlösung fest: Die analoge Anwendung der §§ 52 ff., 54 Abs. 2 bwPolG steht nicht nur in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz, sondern auch mit der EMRK.

5. Zur Überprüfung dieser von der h. M. abweichenden Sicht sollen die Einwände kurz dargelegt und beantwortet werden, die *Markus Raess* in seiner Schrift „Der Schutz vor Folter im Völkerrecht“⁵¹ zusammengestellt hat. Raess thematisiert explizit den hier einschlägigen Fall des Terrorismus mittels Bombendrohung und wehrt sich gegen eine Relativierung des Folterverbotes:

a) Eine solche Relativierung führe zu einer langsamen Aushöhlung des Folterverbots, die Grenze zwischen legitimen und illegitimen Folterungen sei schwer zu ziehen. Letzteres ist richtig, aber die hier behandelte Situation ist gerade ein Fall, in dem die Waage zugunsten der von dem Störer bedrohten Menschen ausschlagen sollte. Ob eine Aushöhlung droht, hängt von der Rechtskultur im allgemeinen und den normativen Vorkehrungen zur Verhinderung des Abbaus rechtsstaatlicher Garantien im besonderen ab. Da die polizeirechtlichen Vorschriften zum finalen Todesschuß eine passende Analogiebasis abgeben, soweit sie den dargelegten strikten Verhältnismäßigkeitskriterien entsprechend interpretiert werden, besteht in einem so justizstaatlich geprägten Staat wie der BRD keine Gefahr einer Aushöhlung des Folterverbots⁵². Größer ist die Gefahr einer Aushöhlung in nicht so rechtsstaatlich orientierten Staaten durch die Zulassung auch nur einer ein-

⁴⁹ Hierzu schon oben FN 31 und *Oppermann* (FN 46), Rdnr. 82: „In den Art. 2 - 4 EMRK enthält die Konvention zunächst einige grundlegende Freiheitsrechte, die die Voraussetzung für eine menschenwürdige Existenz darstellen . . .“; *Raess* (FN 14), S. 113: „Die Würde des Menschen, worunter seine physische und psychische Integrität fällt, gilt als höchstes und unveräußerliches Gut des Menschen . . .“.

⁵⁰ Vgl. die parallelen Ausführungen bei FN 26. Will man diese Restriktion im Rahmen des Art. 3 EMRK formulieren, so könnte man im Anschluß an Art. 2 Abs. 2 S. 1 folgenden Satz 2 in Art. 3 EMRK hinzufügen oder hinzudenken: „Die Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt notwendigen Gewaltanwendung ergibt, um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen.“

⁵¹ Oben FN 14, S. 111 ff.

⁵² Daß selbst in einem Staat wie dem unseren polizeiliche Übergriffe gelegentlich vorkommen, soll damit nicht geleugnet werden. Aber diese werden früher oder später ruckbar und dann auch verfolgt.

zigen Ausnahme, sei es außerhalb der durch die EMRK gebundenen Staaten oder auch innerhalb der EMRK bei bestimmten Problemstaaten. Dann stellt sich die (schwierige) Frage, ob man zur Ausräumung eines vagen und unsicheren, aber bei Eintreffen vielleicht erheblichen Ferneffekts (sprich: aus Gründen internationaler Menschenrechtssolidarität) eine Einbuße an rechtsstaatlichem Lebens- und Würdeschutz im eigenen Staat auf sich nimmt, auf die Gefahr hin, daß der Staat im nationalen Rahmen seine Legitimitätsgrundlagen bei weiten Teilen der Bevölkerung gefährdet.

b) Eine erpreßte Aussage, meint Raess, könne unwahr sein. – Das ist richtig, doch kann man davon nicht von vornherein ausgehen. Das Risiko einer falschen Aussage stellt zwar dann ein Hindernis dar, wenn man mit Raess davon ausgeht, daß eine solche Zwangsanwendung nur in Frage kommt, wenn der Gefolterte mit Sicherheit die Wahrheit sagt, die Aussage sich also verbürgt zur Gefahrenbeseitigung eignet. Diese Anforderung ist aber zu streng: In Situationen, in denen es um Gefahrenbeseitigung geht, sollte die ex ante-Sicht entscheidend sein, nicht das Wissen ex post⁵³.

c) Der handelnde Staat solle sich nicht auf das gleiche Niveau stellen „wie seine Folteropfer, die Terroristen . . .“, und so seine eigenen Werte verleugne[n]. – Dem ist im Prinzip zuzustimmen. Fraglich ist aber, ob der Staat seine Werte verleugnet, wenn er in einer direkten, unvermeidbaren, evidenten Lebens- und Würdekollision sich auf die Seite der unschuldigen Opfer stellt.

d) „Die Gesellschaft muß andere Mittel finden, sich zu verteidigen.“ – Müssen setzt Können voraus, und wenn es keine anderen Mittel gibt, muß man die Mittel benutzen, die Grundrechtskollisionen angemessen lösen⁵⁴.

e) Extrembeispiele, betont Raess, eignen sich schlecht, um allgemeingültige Schlußfolgerungen zu ziehen. – Das wird zwar oft gesagt, aber ob das stimmt, steht dahin. Die hier vorliegende Fallkonstellation kann sich jederzeit ereignen. Wenn die Alternativlösung zur h. M. richtig ist, dann läßt sie sich für die damit erfaßten Fälle auch als rechtmäßig darlegen und begründen und im Rahmen des Polizei- und Verfassungsrechts sowie der EMRK verteidigen.

f) „Gegen jede Rechtfertigung von Folter spricht auch die Achtung vor der Würde des Menschen.“ – Das ist im Prinzip und in den meisten Fällen richtig. Aber für den Fall der hier vorliegenden Würde- und Lebenskollision liegt nach der Alternativlösung eine Rechtfertigung vor. Diese Schlußfolgerung zieht im Grunde auch Raess, wenn er bei der Behandlung innerstaat-

⁵³ Vgl. oben FN 23.

⁵⁴ Ich hoffe, die Ausführungen machen deutlich, daß „angemessen lösen“ nicht mit „Der Zweck heiligt die Mittel“ gleichzusetzen ist.

licher Notwehr- und Notstandsrechte folgendes Zugeständnis macht: „Daß es Situationen geben kann, in denen der Angegriffene Folterhandlungen begeht und diese dann unter die staatliche Notwehr- und Notstandsbestimmungen fallen, erscheint zumindest denkbar⁵⁵.“ Raess übersieht, daß solche Abwägungen über die Schutzpflichten des Staates für das Leben seiner Bürger auch für staatliche Eingriffsbefugnisse gelten können, soweit es sich um rechtswidrige Angriffe von seiten Dritter handelt, gerade in Fällen, in denen die Lebensbedrohungen auch Würdebedrohungen sind.

Bisher habe ich die zwei unterschiedlichen Lösungen des Ausgangsfalls vorgestellt und einige allgemeine Kritikpunkte an einer Auflösung des absoluten Folterverbots diskutiert. Beide Lösungen, darin wird Einigkeit bestehen, führen in ein Dilemma: Nimmt man ein absolutes Folterverbot an, drohen erhebliche Eingriffe in die Strafrechtspflege als Element des Rechtsstaats und in die Grundrechte unbeteiligter Dritter; bei einer Relativierung des Folterverbots dagegen rückt man von dem Ideal rechtsstaatlicher Zurückhaltung beim Einsatz staatlicher Mittel ab. Vielleicht hilft es zur Klärung des Falles, von den beiden Sichtweisen des positiven Rechts einmal zurückzutreten und sich auf eine rechtsphilosophische Reflexion einzulassen. Dies soll anhand von drei Punkten geschehen: zum ersten unter Rückgriff auf die Gesellschaftsvertragstheorie *Immanuel Kants* (IV.), zum zweiten über das Aufgreifen der Frage, ob und unter welchen Bedingungen absolute Rechte bzw. Verbote in Moral und Recht möglich und sinnvoll sind (V.), zum dritten unter Berücksichtigung der Spannung zwischen dem Nahhorizont und dem Fernhorizont der Ethik (VI.).

IV.

1. Kant spricht nicht von der Folter in einer dem hier vorliegenden Fall vergleichbaren Situation⁵⁶. Trotzdem gibt es in seiner Rechtslehre mehrere Ansatzpunkte, die sich auf die hier erörterte Fallkonstellation beziehen lassen. Die Kantische Rechtslehre ist der philosophischen Tradition des Gesellschaftsvertrags verpflichtet, deren Kennzeichen es ist, Verfassungsgebung und Staatsbewertung von einer vertraglichen Vereinbarung aller Betroffenen her zu denken; gleichzeitig dient die Vertragskonstruktion dazu, den durch den Vertrag geregelten „rechtlichen“ Zustand von einem gedachten „Naturzustand“ abzugrenzen. Vieles spricht für die Sicht, Kants

⁵⁵ Raess (FN 14), S. 115.

⁵⁶ Schmerz und Übel spricht Kant im Abschnitt „Vom Straf- und Begnadigungsrecht“, in den *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, in der *Metaphysik der Sitten* (1797) an, in: *Kants Werke*. Preußische Akademieausgabe, Bd. VI, 1968, S. 203, 331 ff. Hier geht es aber um Gefahrenabwehr, nicht um Strafverfolgung.

Rechtslehre stelle einen Abschluß und Höhepunkt der Konstruktionen des Gesellschaftsvertrags dar, sei es in bezug auf die Fortschritte gegenüber den Vorgängern *Hobbes*, *Locke* und *Rousseau*⁵⁷ oder wegen der Affinität zum grundgesetzlichen Staat als einer Freiheit, Gleichheit und Würde verpflichteten Staatsordnung⁵⁸. Die Kantische Rechtslehre baut auf der gleichen Freiheit aller Menschen als Grundlage auf und versteht die Konstituierung und Ausübung öffentlicher Gewalt von diesem Theorem her. Die Verfassung muß eine repräsentative und gewaltenteilige Staatsmacht konstituieren, so daß man von einer Stufung der Rechtsreflexion von (1) moralischen Prinzipien der Verfassungsgebung, (2) Verfassungsgebung, (3) Gesetzgebung, (4) Exekution und Kontrolle des Gesetzes ausgehen kann⁵⁹. Was die Stufen (2) bis (4) angeht, also das positive Recht, so sind dessen zwei Antworten in bezug auf den Ausgangsfall schon dargelegt worden. Wie aber steht es mit den Prinzipien, die das positive Recht bzw. seine Interpretation in dieser Frage moralisch leiten sollten?

2. Kant benutzt, wie alle Gesellschaftsvertragstheoretiker, die Vorstellung eines Naturzustandes, der durch einen ursprünglichen Vertrag in den Rechtszustand überführt werden soll⁶⁰. Nach Kant ist dieser hypothetische Naturzustand durch die Unsicherheit der Rechtsbestimmung und Rechtsdurchsetzung geprägt; die unweigerlich auftretenden Streitigkeiten um das jeweilige Mein und Dein zwingen die Menschen als vernünftige Wesen dazu, diesen rechtsunsicheren Zustand zu verlassen und sich öffentlichen Gesetzen zu unterwerfen, die mit Macht versehen sind. Das öffentliche Recht hat den Umfang der gegenseitigen Rechte und Pflichten und auch die Art und Weise der Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung zu regeln.

Leitendes Prinzip der Staatshervorbringung und auch der jeweiligen Staats- und Verfassungsbeurteilung soll die Sicherung der größtmöglichen Freiheit aller sein, also gleiche Freiheit im Sinne der gleichen Berechti-

⁵⁷ Vgl. *Heiner Bielefeldt*, *Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit. Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorie*, 1990. Bei Kant trägt schon der gedachte Naturzustand rechtliche Züge, allerdings nur in provisorischer Form, die über öffentliche Gesetzgebung näher bestimmt und durchgesetzt werden muß. Die im Gesellschafts- oder, wie Kant sagt, ursprünglichen Vertrag thematisierten Prinzipien der Verfassungsgebung sind bei ihm – anders oder klarer als bei anderen Vertragstheoretikern – Vernunftprinzipien, nicht Ausdruck irgendeiner konkreten historischen Lage oder Entscheidung.

⁵⁸ Vgl. dazu *Bielefeldt* und *Maihofer* (FN 1), ferner *Ralph Alexander Lorz*, *Moderne Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie der Freiheit Kants*, 1993.

⁵⁹ Vgl. zu diesem bei Kant angelegten Mehrstufenmodell *Winfried Brugger*, *Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie*: JZ 1991, S. 893 f.

⁶⁰ Vgl. vor allem die Schriften: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in: *Kants Werke*, Preußische Akademieausgabe, Bd. VIII, 1968, S. 273 ff., und die *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* in der *Metaphysik der Sitten* (FN 56).

gungs- und Verpflichtungsmöglichkeit unter der Prämisse der Repräsentation aller in der erforderlichen Verfassungs- und Gesetzgebung: „Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingungen ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, in so fern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen⁶¹.“ Damit ist gleichzeitig der Umfang der Zwangsbefugnis des Staates bestimmt: Da alles Recht „bloß der Zustand einer wirklichen, diesem Princip gemäßen und mit Macht verbundenen Gesetzgebung ist ... so ist das angeborene Recht eines jeden in diesem Zustande, ... in Ansehung der Befugniß jeden ändern zu zwingen, damit er immer innerhalb den Gränzen der Einstimmung des Gebrauchs seiner Freiheit mit der meinigen bleibe, durchgängig gleich⁶².“

Mit anderen Worten: *Zwang darf nur so weit angewendet werden, als er sich auf ein Hindernis der Freiheit bezieht und dieses Hindernis ausräumt*. Und da Freiheit im Akt der Verfassungs- und Gesetzgebung immer verallgemeinerbare Freiheit meint⁶³, ist für unseren Ausgangsfall zu prüfen, welche Handlungsregeln größtmögliche allgemeine Freiheit verbürgen. Unstreitig ist, daß sich die Handlungsmaxime des Erpressers nicht zum allgemeinen Gesetz eignet. Wie steht es mit dem absoluten Folterverbot? Daß Folter in aller Regel den Menschen zur Sache macht und damit menschenunwürdig ist, leuchtet ein; in diesem Licht sind die das Folterverbot enthaltenden Vorschriften des positiven Rechts zu verstehen⁶⁴. Aber muß das hieraus folgende generelle Folterverbot absolut gelten, auch für den hier vorliegenden Fall? Das ist zu bezweifeln: Hier würde die Absolutheit des Folterverbots zu schweren Eingriffen in andere Rechtswerte und Grundrechte führen; die Kaltblütigkeit und die Raffinesse des Erpressers würden belohnt; so wird allgemeine Freiheit nicht gefördert, sondern gefährdet. Umgekehrt würde die Entschärfung der Bombe die Freiheit aller wieder sichern, den rechtsgemäßen Zustand wieder herstellen. Der Zwang zur Preisgabe des Verstecks der Bombe stellt sich also als Beseitigung eines Hindernisses der Freiheit dar und ist deshalb gerechtfertigt, allerdings nur, soweit er notwendig ist – hier findet sich implizit ein Element von Verhältnismäßigkeit bei Kant. Vom Gebot, den Menschen nicht nur als Sache zu benutzen⁶⁵, kann man auch eine Angemessenheitsforderung im Sinne moderner Verhältnismäßigkeitsdoktrin ableiten: Bei der Wahl der Zwangsmittel muß die Menschenwürde

⁶¹ Kant, Theorie und Praxis (FN 60), S. 289 f.

⁶² Ebd., S. 292 f. Vgl. auch den Abschnitt „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden“, in der Metaphysik der Sitten (FN 56), S. 231.

⁶³ Vgl. Metaphysik der Sitten (FN 56), S. 225.

⁶⁴ Vgl. die Darlegungen oben Abschnitt II.

⁶⁵ Vgl. oben FN 1.

respektiert werden. Aber in einer Sachlage, in der die Würde von Menschen auf jeden Fall angetastet wird, kann es kaum das Ziel des Rechtsgebots der allgemeinen Freiheitssicherung sein, faktisch den Rechtsbrecher zu bevorzugen und Leben und Würde der unschuldigen Opfer privatem Terror auszuliefern. Wenn diese Folgerung richtig ist, so führt die rechtsphilosophische Reflexion zu einer Ausnahme von dem positivrechtlichen Verbot der Zwanganwendung bei staatlichen Vernehmungen, also zu der oben dargelegten Alternativlösung.

Wandeln wir die Kantische Reflexion in bezug auf die moralischen Prinzipien der Verfassungsgebung etwas ab, so können wir uns mit *John Rawls*, einem modernen amerikanischen Vertragstheoretiker in der Nachfolge Kants⁶⁶, die *Situation der Verfassungsgebung hinter einem Schleier des Nichtwissens* vorstellen⁶⁷. Hinter diesem imaginierten Schleier sollen nach Rawls die jeweiligen Eigenschaften verborgen sein, die einen dazu bringen, die Verfassung so auszugestalten, daß die eigenen Talente und Vorzüge bzw. Schwächen und Bedürfnisse besonders berücksichtigt werden. Der „Schleier des Nichtwissens“ dient also dem gleichen Zweck, den das Verallgemeinerungspostulat bei Kant hat: der Neutralität und Fairneß bei der Bestimmung der Verfassungsprinzipien. Wie würden wir in bezug auf ein Folterverbot hinter diesem Schleier des Nichtwissens entscheiden, wenn wir nicht wüßten, ob wir im wirklichen Leben in der Rolle des Erpressers oder der bedrohten Opfer auftreten? Mir scheint, daß die Entscheidung, bezogen auf den Ausgangsfall, von den meisten im Sinne einer Ausnahme vom Folterverbot gefällt würde. Für jeden Fall, in dem die Konstellation anders wäre – unsicher etwa in bezug auf die Gefahr, den Störer, die Möglichkeit der Gefahrenbeseitigung – würde vermutlich anderes gelten, nicht aber für die Fallgestaltung hier.

3. Vielleicht ergibt sich etwas anderes, wenn wir den „Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre“ ins Blickfeld rücken, in dem Kant „Vom zweideutigen Recht“ spricht⁶⁸. Zu diesem zählt Kant das Notrecht, ein „Zwang ohne Recht“⁶⁹. Kant thematisiert die Situation, in der das Lebensrecht des einen mit dem Lebensrecht eines anderen kollidiert. Beispiel ist der Schiffbruch, nach dem sich zwei Schiffbrüchige auf die gleiche Planke retten, diese aber nur eine Person tragen kann. Wenn in einer solchen Situation der eine den anderen vom Brett stößt und damit dessen Tod verursacht, dann ist diese Handlung nach Kant zwar nicht gerechtfertigt, darf aber nicht bestraft werden: „Der Sinnspruch des Nothrechts heißt: ‚Noth hat kein Gebot ...‘; und

⁶⁶ Hierzu *Bielefeldt* (FN 57), Kap. V.

⁶⁷ Vgl. *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Taschenbuchausgabe 1975, §§ 3, 24 u. ö.

⁶⁸ Vgl. Kant, Metaphysik der Sitten (FN 56), S. 233 ff.

⁶⁹ Ebd., S. 234 Vgl. auch *Gemeinspruch* (FN 60), S. 300 Anm.

gleichwohl kann es keine Noth geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte⁷⁰.“ Kants Ablehnung eines Rechtfertigungsgrundes und Befürwortung eines – in moderner Terminologie – Entschuldigungsgrundes findet sich heute in den §§ 34 und 35 StGB wieder, die für Notstandslagen eine entsprechende Unterscheidung treffen. Bemerkenswert ist aber, daß Kant von dem Notrecht, das seiner Konzeption nach gerade kein „Recht“ bzw. „Rechtfertigungsgrund“ ist, den Fall des rechtswidrigen Angriffs, also die Situation des hier einschlägigen Ausgangsfalles, ausnimmt: Beim Notrecht ist gerade „nicht von einem ungerechten Angreifer auf mein Leben, dem ich durch Beraubung des seinen zuvorkomme . . ., die Rede“⁷¹, beim – modern gesprochen – gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf ein Leben aber sehr wohl. Im Strafgesetzbuch führt dies zum Notwehrrecht als Rechtfertigungsgrund⁷², und Kants Formulierungen deuten in die gleiche Richtung.

Das heißt: Kant würde für den hier einschlägigen Fall von einem Recht auf Verteidigung des Lebens ausgehen⁷³. Kant spricht nicht die Besonderheit des Ausgangsfalles an, die darin besteht, daß der Bedroher in Polizeigewahrsam ist und damit das Polizeirecht das allgemein geltende Strafrecht überlagert. Rechtsdogmatisch führt dies zu der schwierigen Frage, wie diese Überlagerung zu verstehen ist in Fällen, in denen keine polizeirechtliche Eingriffsnorm vorliegt⁷⁴. Nach der dargelegten Alternativlösung wäre jedoch eine solche gegeben, so daß die Frage auf die rechtsphilosophische Ebene beschränkt werden kann: Wie steht es mit dem Verhältnis des strafrechtlichen Notrechts zu dem Freiheitsprinzip bei der Verfassungsgebung? Eine explizite Antwort findet sich bei Kant nicht. Entscheidend müßte sein, ob zwischen privater und öffentlich organisierter Rechtsverteidigung Unterschiede bestehen in bezug auf Ziele und Mittel. Hinsichtlich der Ziele läßt sich das mit Sicherheit verneinen: In allen Rechtsbeziehungen geht es nach Kant um die Ausgestaltung allgemein freiheitsverträglicher Verhältnisse. Was die Mittel betrifft, so liegt es in der Konsequenz der Kantischen Philosophie, staatliche Eingriffe in menschliches Handeln auf notwendige Maßnahmen allgemeiner Freiheitssicherung zu beschränken und insbesondere Eingriffe in die Menschenwürde zu verbieten. Wenn jedoch die Lage so ist, wie im Ausgangsfall beschrieben, so muß sich der Grundsatz der größtmög-

lichen Freiheitssicherung zugunsten der unschuldigen Opfer **auswirken**, wenn Würde gegen Würde und Leben gegen Leben steht.

V.

1. Die Gewährleistung subjektiver Rechte ist eine Errungenschaft des modernen Rechtsstaats; sie bringt zum Ausdruck, daß der einzelne Bürger nicht nur Mittel zur Förderung kollektiver Zwecke ist, sondern Interessen hat, die selbst bei einem Widerstreit zum – wie immer definierten – Allgemeinwohl Vorrang haben. In der Verankerung von Grundrechten in der Verfassung kommt dies zum Ausdruck. Auf dieser Tradition aufbauend, haben sich in den letzten Jahrzehnten die Stimmen vermehrt, die von einer Zunahme von Abwehr- oder Leistungsrechten mehr oder weniger automatisch ein Mehr an Gerechtigkeit und Menschlichkeit erwarten. Gegen solche, wie er meint, naiven und kurzsichtigen Einschätzungen wendet sich *Rainer Werner Trapp* mit dem von ihm propagierten *Gerechtigkeitsutilitarismus*⁷⁵. Trapp weist darauf hin, daß die Gewährleistung von subjektiven Rechten immer gekoppelt ist mit der Auferlegung von Pflichten, und die Rechtfertigung eines jeden Rechts muß diese Pflichtendimension mit berücksichtigen. Weiterhin müssen bei jedem subjektiven Recht sowohl die direkten als auch die indirekten, entfernteren Folgen bedacht und abgeschätzt werden; auch die weiteren Folgen zählen zur Rechtfertigung von Existenz und Umfang von Individualrechten. Zu dieser Folgenabschätzung gehört etwa, daß zwischen den normativ Berechtigten aus einem Grundrecht und denjenigen, denen ein solches Recht faktisch zugute kommt, unterschieden wird: So kann ein extensiver Privatsphärenschutz etwa alle Bürger berechtigen, faktisch aber vor allem Berufsverbrecher begünstigen⁷⁶. Zur Folgenorientierung gehört es auch, daß man die Einräumung von subjektiven Rechten in der Gesamtperspektive aller Voraussetzungen und Folgen sehen und bewerten muß: Subjektive Rechte sind immer nur Hilfsmittel zur Bewältigung jeweiliger Problemlagen, und wenn die bedachten Problemlagen sich drastisch ändern, muß das Auswirkungen auf das jeweilige subjektive Recht haben, indem es entfällt, eingeschränkt oder aber auch ausgedehnt wird. Absolut geltende Rechte jedenfalls, die für alle möglichen Situationen gelten, auch für nicht bedachte, kann es von einem folgenorientierten ethi-

⁷⁰ Kant, *Metaphysik der Sitten* (FN 56), S. 236. Zur strafrechtsdogmatischen Einordnung siehe *Fritjof Haft*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 1994, S. 88.

⁷¹ Kant, *Metaphysik der Sitten* (FN 56), S. 235.

⁷² Dessen Voraussetzungen wären im Ausgangsfall gegeben. Vgl. *Brugger* (FN 4), Abschnitt V 2.

⁷³ Das gilt auch für *Gustav Radbruch*, der in einer kurzen Passage in seiner *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, S. 270, das Notwehrrecht im Rahmen der Gesellschaftsvertragstheorie erörtert.

⁷⁴ Vgl. dazu *Brugger* (FN 4), Abschnitt V 3.

⁷⁵ Vgl. sein grundlegendes Werk: *Nicht-klassischer Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1988. Eine kurze Zusammenfassung findet sich in: *Trapp*, *Politisches Handeln im wohlverstandenen Allgemeininteresse*, in: Koch/Kohler/Rüssmann (Hrsg.), *Theorien der Gerechtigkeit: ARSP-Beiheft Nr. 56*, 1994, S. 54 ff. Die Darstellung hier bezieht sich vor allem auf den Aufsatz: *Individualrechte ernst – aber nicht unangemessen ernst genommen*, in: Nida-Rumelin/Vossenkuhl (Hrsg.), *Politische und ethische Freiheit* (erscheint demnächst; hier nach dem Manuskript zitiert).

⁷⁶ Vgl. *Individualrechte* (FN 75), S. 5, 20 f.

schen Denken aus nicht geben: „Individualrechte werden ... als den Umständen anzupassende Instrumente einer gerechten Lösung von Interessenkonflikten aufgefaßt; als solche können sie jedoch weder prinzipiell als impossibilia noch als sacrosancta gelten“⁷⁷. Anders als solche konsequentialistischen Ethiken verfahren deontologische Ethiken: Nach ihnen gibt es Gebote und Verbote, die intrinsisch, unabhängig von den zu erwartenden Folgen, gut oder schlecht sind und deswegen kategorisch eingehalten werden müssen⁷⁸.

Die Begründbarkeit von Individualrechten hängt nach der utilitaristischen Sicht von der „neutralen Perspektive des Interesses der Gesellschaft als ganzer“⁷⁹ ab. Das heißt zweierlei: Zum einen zählen alle Interessen der jeweiligen Gesellschaftsmitglieder, und die Interessen eines jeden zählen gleich. Zum anderen kommt es nicht auf individuelle, sondern auf gesamtgesellschaftliche Nutzenmaximierung an. Es handelt sich um eine Aggregationsethik. In der bestmöglichen Aggregation von Individualpräferenzen kommt das Allgemeinwohl zum Tragen, nicht in einem a priori bestimmten oder von irgendeiner Instanz (Gott, Natur, Herrscher) festgesetzten Kollektivwohl, und auch nicht in einem Individualrecht, das ja immer auf die Förderung von Partikularinteressen bezogen ist.

Der dem klassischen Utilitarismus entlehnte Gedanke der Nutzenmaximierung wird nun aber, wie der Titel „Gerechtigkeitsutilitarismus“ schon verheißt, noch unter bestimmte einschränkende Bedingungen gestellt. Zu diesen einschränkenden Bedingungen der bislang rein faktisch verstandenen Nutzenmaximierung zählen diejenigen Überzeugungen, die im Rahmen einer jeweiligen Gesellschaft für ihr Personenverständnis und ihre Gerechtigkeitsüberzeugungen konstitutiv sind – etwa der Grad der Berücksichtigungsbedürftigkeit eines angemeldeten Partikularinteresses, Qualität und Dignität der beteiligten Arten von Befriedigung, Präferenzmotive, Verschulden oder Nichtverschulden des Entstehens einer besonderen Bedürfnislage⁸⁰. Diese Gerechtigkeitsinformationen sind bei der Nutzenberechnung zu berücksichtigen. Die jeweilige Gewichtung dieser Gerechtigkeitsfaktoren im Rahmen der Nutzenkalkulation wird zum Teil umstritten sein. Dennoch, legt Trapp dar, „kann ... mindestens im Modell annäherungsweise ‚das eine‘ Allgemeininteresse bestimmt werden“⁸¹.

Anhand dieser auf individuelle Präferenzen abstellenden, also nichtpaternalistischen Ethik, die auch das jeweilige Person- und Gerechtigkeitsver-

⁷⁷ Ebd., S. 7.

⁷⁸ Vgl. zusammenfassend Trapp, Politisches Handeln (FN 75), S. 55.

⁷⁹ Trapp, Individualrechte (FN 75), S. 6.

⁸⁰ Vgl. ebd., S. 9 f.

⁸¹ Ebd., S. 12.

ständnis der Gesellschaft berücksichtigt, lassen sich die meisten modernen Grundrechte rechtfertigen: Für die negativen Abwehrrechte, die individuelle Wahlfreiheit in vielerlei Bereichen gewährleisten, ist dies offensichtlich, ebenso für prozedurale Rechte, die das Berücksichtigen eines jeden in diversen Verfahren, von Meinungsbildung über Parlamentswahl bis gerichtliche Kontrolle, sichern; auch für einige soziale Rechte, etwa solche, die Handicaps ausgleichen sollen, werden sich ausreichend starke Gerechtigkeitsparameter aufweisen lassen⁸². Alle konkreten Rechte stehen aber unter dem Vorbehalt der Überprüfung; sie gelten für jeweils bedachte Fälle mit jeweils bedachten Konsequenzen, die sich ändern können, im Faktischen wie im Normativen⁸³. Sie sind also nicht absolut, sondern prima facie-Regeln⁸⁴, Faustregeln, die sich für Normallagen als gerecht erwiesen haben. In außergewöhnlichen Lagen⁸⁵ kann die unterstellte Rechtfertigung des Individualrechts über den Gerechtigkeitsutilitarismus zweifelhaft werden. Dann hat der Entscheider „zu tun, was ihm ein strikt deontologischer Regelbegriff verbieten würde, nämlich statt der Faustregel das Maximierungsgebot zu befolgen. Gerade weil die ... Regeln nur Faustregeln sind, erlaubt der Gerechtigkeitsutilitarismus insofern im jeweiligen situationalen Allgemeininteresse, potentielle Mörder bezüglich des Aufenthaltsorts ihrer Opfer anzulügen, für einen ansonsten Verhungerten Nahrung zu stehlen, Tyrannen à la Hitler auch gewaltsam zu beseitigen ... All dies heißt im übrigen nicht die Faustregel dem Einzelfall zu opfern. Vielmehr bringt man – auf der Ebene des Allgemeinen verbleibend und nur dem Gleichheitssatz genügend – statt der allzu pauschalen nur eine situationsangemessene spezifizierte Regel zur Anwendung“⁸⁶.

2. Zu welchen Folgerungen führen diese Überlegungen bei unserem Ausgangsfall? Vom klassischen Utilitarismus ausgehend, kommt es auf eine Verrechnung von Intensität und Extensität der Präferenzen des Erpressers gegenüber denjenigen der Betroffenen an, sei es für diesen einzelnen Fall, sei es für verallgemeinerbare Fälle dieser Art⁸⁷. Das Ergebnis ist eindeutig: Die

⁸² Vgl. ebd., S. 14 f., 17 f.

⁸³ Vgl. hierzu auch, im Rahmen der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien, und bezogen auf die Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG, Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Taschenbuchausgabe 1986, S. 272.

⁸⁴ Vgl. hierzu auch, im Rahmen der Diskursethik, verbunden mit dem Vorschlag, die Rechtfertigung der Geltung einer Norm von deren Anwendung zu unterscheiden, Klaus Gunther, Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988, S. 261 ff.

⁸⁵ Die Unterscheidung von Normallage und Notlage bzw. Notstandslage spielt auch in den Diskussionen über die Notwendigkeit und den Umfang von staatlichen Notstandsrechten eine große Rolle. Vgl. die Nachweise oben FN 20.

⁸⁶ Trapp, Individualrechte (FN 75), S. 15 f.

⁸⁷ Ersteres würde der Aktutilitarismus, letzteres der Regelutilitarismus machen. Vgl. Trapp, Nicht-klassischer Utilitarismus (FN 75), S. 212 ff.

Interessen der Bedrohten überwiegen bei weitem; die Polizei dürfte die Aussage erzwingen. Im Gerechtigkeitsutilitarismus Trappscher Prägung kommen zu dieser klassischen Aggregation noch die besagten Gerechtigkeitskriterien hinzu, die Ausformungen der Berücksichtigungsbedürftigkeit der jeweiligen Interessen sind. Es kommen mehrere Gesichtspunkte zusammen: Der Erpresser hat das Recht überschritten, die von ihm Bedrohten nicht; der Erpresser kann die Gefahr ohne weiteres rückgängig machen, die von ihm Bedrohten nicht. Somit handelt es sich auf Seiten der Betroffenen um die „eklatant berechtigteren, wie auch größeren Interessen“⁸⁸. Trapp erscheint es „mehr als offensichtlich, daß jedwede ihren Namen verdienende Ethik hier nicht nur zu erlauben, sondern zu gebieten hätte, besagtem Bombenleger einige seine Aussagefreudigkeit erhöhenden Motivationshilfen notfalls auch der rauheren Art zu geben. Selbst in diesem Fall auf der strikten Beachtung (des Folterverbots) zu bestehen ... läuft auf nichts Geringeres als eine Barbarei gegen die berechtigten, übergeordneten Interessen von Millionen Betroffenen und somit auf ein ethisches Skandalon hinaus“⁸⁹.

Wie steht diese moralische Reflexion zum positiven Recht? Die gerechtigkeitsutilitaristische Überlegung sagt, daß ein absolutes Folterverbot nicht begründbar ist; für den genannten Ausgangsfall müßte eine Ausnahme gelten. Trotzdem will Trapp die Berechtigung des positivrechtlich ja weitergehenden Individualrechts nicht kategorisch leugnen. Der Unterschied zwischen der Moralreflexion und dem positiven Recht ist, daß sich erstere mit allen möglichen – im Sinne von allen denkbaren, auch extrem unwahrscheinlichen – Situationen beschäftigt, um vorgeschlagene Moralnormen auf ihre Begründbarkeit zu testen⁹⁰. Das positive Recht dagegen muß die real bekannten und wahrscheinlich vorkommenden Problemlagen mit Rechtsnormierungen bewältigen; dieses Spektrum spiegelt die „Normallagen“ wider. Aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit spricht nichts gegen die Gewährung eines absoluten subjektiven öffentlichen Rechts, solange der Gesetzgeber davon ausgehen kann, die von ihm bedachten Normallagen deckten alle praktisch vorkommenden Fälle rechtsstaatlich bzw. gerecht ab. Mit anderen Worten: Allein die Tatsache, daß sich erfinderische Moralphilosophen Extremfälle einfallen lassen, die die theoretische Ungerechtigkeit bestimmter absoluter Rechte vor Augen führen, braucht den Rechtsetzer nicht zu deren Relativierung zu veranlassen. Dies

⁸⁸ Trapp, Individualrechte (FN 75), S. 19.

⁸⁹ Ebd.

⁹⁰ Beispiele zu Notstandsfällen aller Art, die allerdings der hier einschlägigen Fallgestaltung nicht unbedingt entsprechen, bei Trapp, Nicht-klassischer Utilitarismus (FN 72), S. 564 ff.; Alan Gewirth, Are There Any Absolute Rights?: The Philosophical Quarterly 31 (1981), S. 1 ff.; ders., There Are Absolute Rights: The Philosophical Quarterly 32 (1982), S. 348 ff.; Jerrold Levinson, Gewirth on Absolute Rights. The Philosophical Quarterly 32 (1982), S. 73 ff.

gilt nach Trapp insbesondere für das Folterverbot, solange Situationen wie der geschilderte – und von Trapp aufgegriffene⁹¹ – Fall „reine Fiktionen sind und polizeiliche Versuchungen zu Aussageerzwingungen mit normalerweise weit weniger hehren Absichten nicht von der Hand zu weisen sind“⁹². Allerdings: „Sollte sich dies jedoch ändern und nuklearer Terror jener Art durch Erpresser, Politikfanatiker oder Großkriminelle technisch möglich und üblich werden, so läge es im Allgemeininteresse, selbst die Individualrechte auf Aussageverweigerung und körperliche Integrität unter präziser Benennung jener Fallklasse einzuschränken“⁹³.

Leben wir in Deutschland in einer Situation, in der Terrorakte der angesprochenen Qualität möglich sind, in näherer Zukunft drohen? Das wird man nicht mehr verneinen können. Damit stellt sich aber die Frage: Wenn sich sowohl im Anschluß an die Kantische Freiheitsphilosophie als auch unter Anlehnung an eine gerechtigkeitsutilitaristische Sicht für faktisch nicht mehr auszuschließende Bedrohungen der hier erörterten Art die Folgerung ergibt, daß das absolute Folterverbot nicht zu rechtfertigen ist, wie sollen sich die verantwortlichen staatlichen Organe – vom Gesetzgeber über die Exekutive bis hin zu den Gerichten – und die Bürger zum positiven Recht verhalten? Es gibt zwei Möglichkeiten:

(1) Den bislang absoluten Folterverboten wird eine Ausnahmebestimmung für die hier erörterte Fallgestaltung – aber auch nur diese! – hinzugefügt. Damit wird den Bürgern demonstriert: Ihr könnt Euch auch in diesen Fällen darauf verlassen, daß Recht dem Unrecht nicht weicht und daß das staatliche Gewaltmonopol nicht zu einer erheblichen Verringerung von Lebens- und Würdeschutz im Vergleich zum privaten Notwehrrecht führt. Dem potentiellen Rechtsbrecher wird bedeutet: Du kannst nicht damit rechnen, daß Du Dich den Notwehrrechten bedrohter Privater durch das Dazwischentreten der öffentlichen Gewalt entziehen kannst.

(2) Die absoluten Folterverbote bleiben wie bisher bestehen. Die Rechtskundigen halten sich aber die Möglichkeit offen, Fälle der hier erörterten Art über interpretatorische Mittel wie die oben vorgestellte Alternativlösung zu bewältigen und rechtlich zu rechtfertigen. Damit würde nach außen, in Richtung nichtkundige Bürger, der Eindruck erweckt, daß der Staat in solchen Fällen das Leben Unschuldiger opfert – das wird beträchtliche Legitimitätsverluste an Staatlichkeit und eine Abnahme an Rechtsgehorsam mit sich bringen; die Bürgerschaft könnte das Gefühl entwickeln, daß das Recht in ihren Händen besser aufgehoben ist als bei der öffentlichen

⁹¹ Vgl. Trapp, Individualrechte (FN 75), S. 19, sowie ders., Nicht-klassischer Utilitarismus (FN 75), S. 565; ders., Politisches Handeln (FN 75), S. 55.

⁹² Trapp, Individualrechte (FN 75), S. 20.

⁹³ Ebd.

Gewalt. Diese Lösung hätte aber auch etwas Gutes: In Richtung staatliche Exekutivorgane würden hohe Hürden gegen die Verführbarkeit der Staatsmacht zu drastischem Zuschlagen – auch in guter Absicht – errichtet. Das Risiko der Durchsetzung der – moralisch – gerechten Lösung läge damit bei den Polizisten: Diese würden, wenn sie textliche Grenzen der einschlägigen Normen übertreten, entweder nachträglich gerichtlich gerechtfertigt oder aber wegen Verletzung ihrer Dienstpflichten haftungs- und disziplinarrechtlich belangt⁹⁴. Für den Fall aber, daß sie die Textgestalt ihrer Dienstpflichten erfüllen, könnte dann der Spruch zur Anwendung kommen: Fiat lex, pereat mundus⁹⁵.

VI.

Wie immer man den Ausgangsfall entscheidet, erheben sich schwere Bedenken. Keine der beiden Lösungen sollte dazu führen, rechthaberisch zu triumphieren oder den Andersdenkenden moralisch zu diffamieren⁹⁶. Mit einem Verlust an Rechtsstaatlichkeit und Menschlichkeit müssen wir auf jeden Fall leben⁹⁷. Die Frage ist nur: Wer soll diesen tragen? Gerade weil es sich hier unvermeidbar um eine „tragische Wahl“, ein Entscheidungsdilemma handelt, sei abschließend noch ein Gesichtspunkt genannt, der gegen eine Aufweichung der absoluten Folterverbote spricht: Selbst wenn man

⁹⁴ Vgl. zu diesen beiden Alternativen, im Kontext der Diskussion über staatliche Notstandsrechte, einerseits *Bockenförde*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht (FN 20), S. 594 f., andererseits *Lubbe-Wolff* (FN 20), S. 120, 125.

⁹⁵ Während der Beratungen der EMRK ist von dem Delegierten F. S. Cocks folgender Zusatz zum Folterverbot eingebracht worden: „Die Beratende Versammlung nimmt die Gelegenheit wahr zu erklären, daß alle Formen der physischen Gewalt, ob sie nun von der Polizei, militärischen Instanzen, Angehörigen privater Organisationen oder irgendwelchen anderen Personen angewandt werden, unvereinbar sind mit einer zivilisierten Gesellschaft, daß sie ein Verbrechen gegen Gott und die Menschen darstellen und unterbunden werden müssen. Sie erklären, daß dieses Verbot absolut sein muß und daß keinerlei Zweck die Folter rechtfertigt, weder die durch Erzwingung von Aussagen mögliche Rettung von Leben noch auch die Sicherheit des Staates. Sie sind der Auffassung, daß es für eine Gesellschaft besser wäre unterzugehen als zuzulassen, daß dieses Überbleibsel der Barbarei erhalten bleibt.“ Zitiert nach *Peters* (FN 2), S. 189 f. Der Kommissionsvorsitzende Sir Maxwell-Fyfe drängte Cocks, aus Gründen der Wirksamkeit und angesichts der vorliegenden angemessenen Formulierungen seinen Zusatzantrag zurückzuziehen (ebd., S. 191), was dieser auch tat. Was würde der Delegierte Cocks in der hier vorliegenden Fallkonstellation tun, in der auf jeden Fall gefoltert wird, von der „Polizei“ oder dem Erpresser als „anderer Person“? Wessen Folter muß „unterbunden“ werden?

⁹⁶ Dieses Schicksal traf offenbar den früheren niedersächsischen Ministerpräsidenten Ernst Albrecht, der in einem Werk zur Staatslehre in einem vergleichbaren Fall für eine Relativierung des Folterverbots eingetreten war. Vgl. *Ernst Albrecht*, Der Staat. Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie, 1976, S. 174, und hierzu *Trapp*, Nicht-klassischer Utilitarismus (FN 75), S. 565.

⁹⁷ Vgl. *Kirchhof* (FN 38), S. 89.

unterstellt, daß der Ausgangsfall, für sich betrachtet, in der Moralreflexion zu einer Relativierung des Folterverbots führt, könnte dann nicht etwas anderes gelten, wenn man die *entfernteren Konsequenzen* berücksichtigt⁹⁸?

Die Frage nach den entfernteren Konsequenzen gehört in das Kalkül der gerechtigkeitsutilitaristischen Reflexion; sie ist auch Teil der Verallgemeinerbarkeitsüberlegungen Kantischer oder Rawls'scher Art. Sie betrifft einerseits die Langzeiteffekte einer Relativierung des Folterverbots, andererseits die Folgen in Ländern, die keine gefestigte Rechtsstaatstradition haben. Ist nicht zu befürchten, daß, wenn schon westliche Rechtsstaaten sich nicht mehr in jedem Fall an das Folterverbot halten, andere Staaten der Verführung roher Gewalt um so eher verfallen und sich darin gerechtfertigt sehen⁹⁹? Dieses Argument hat Gewicht. Es führt zu der Frage, ob und wieviel supranationale, weltweite Vorbildpflichten im Hinblick auf die Mäßigung von Staatsmacht der einheimische Staat hat, verglichen mit den konkreten Verantwortlichkeiten für die Durchsetzung von Recht und gegenseitiger Freiheit zuhause¹⁰⁰. Aus universalistischer Sicht ist es nicht ausgeschlossen, ja vielleicht sogar geboten, gewisse nationale Rechtsschutzverluste hinzunehmen zugunsten der Erwartung eines erhöhten weltweiten Humanitätsgewinns. Auf dieser Basis spricht vieles für eine Beibehaltung des absoluten Folterverbots. Umgekehrt könnte man vom Nahhorizont der Ethik aus die Priorität der konkreten Verantwortlichkeit und Handlungssphäre betonen, ohne damit die Vermittlung dieser engeren, im Ausgangsfall nationalen, Ebene in die weitere Ebene der gemeinsamen Verantwortlichkeit aller Nationen und Völker hinein leugnen zu wollen¹⁰¹. Dann spricht mehr für die dargelegte Relativierung des Folterverbots. Diese beiden Sichtweisen können hier nur angedeutet, aber nicht mehr entfaltet werden. Damit bleibt nur noch, zur Strukturierung der Diskussion auf die drei möglichen Lösungen der hier zugrunde gelegten Fallkonstellation hinzuweisen: Der Staat darf wirklich nie foltern. Der Staat darf möglicherweise foltern, aber er gibt dies nicht offiziell zu. Der Staat darf ausnahmsweise foltern, und das legt er auch fest.

⁹⁸ Kurz dazu schon oben bei *Raess* (FN 14), Abschnitt III, 5 a.

⁹⁹ Eine repräsentative Formulierung dieser oft geäußerten Befürchtung bei *Peters* (FN 2), S. 233.

¹⁰⁰ Hierzu auch *Trapp*, Individualrechte (FN 75), S. 21 f.

¹⁰¹ Zu diesen beiden Sichtweisen siehe *Winfried Brugger*, Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht: ARSP 80 (1994), S. 318 ff.; *ders.*, Zur Herausforderung der Rechtsphilosophie durch die politischen Umwälzungen der Gegenwart: Der Staat 33 (1994), S. 429 ff. Vgl. zum Gesichtspunkt „Vorrang des Partikularen“ *Philip Selznick*, The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community, 1992, S. 193 ff.