

## Herausgeber

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen  
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Ulrich Weber, Tübingen

## Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka

Mohr Siebeck.

4 55. Jahrgang  
18. Februar 2000  
Seiten 165–216

# Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Winfried Brugger, Universität Heidelberg

## Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?

Die Anwendung von Folter ist staatlichen Organen im nationalen wie internationalen Recht zu Recht strikt untersagt. So soll ein effektiver Schutzwall gegen staatliche Barbarei errichtet werden. Die Absolutheit der Folterverbote kann aber in Ausnahmefällen zu Ergebnissen führen, die den Täterschutz dem Opferschutz vorordnen und Gerechtigkeitsmaßstäbe auf den Kopf stellen. Der Aufsatz analysiert diese Fallgruppe und diskutiert, auf welche Weise die bedrohten Opfer zu ihrem Recht kommen können. Neuere Gerichtsentscheidungen aus Israel unterstreichen die Aktualität dieses Themas, das in Deutschland lange tabuisiert worden ist.\*

### I. Allgemeines zur Folter und ein besonderer Fall

Darf der Staat foltern? Unser Rechtsgefühl sagt: Auf keinen Fall! Es wäre schlimm, wenn wir eine andere Reaktion hätten. Würden wir anders reagieren, wenn wir uns vorstellen, daß die Staatsgewalt Folter zum Schutz der Bürger und nicht zu deren Unterdrückung einsetzt? Auch dann, vermute ich, würden die meisten von uns Folter für illegitim halten, gemäß dem Grundsatz: Ein guter Zweck heiligt nicht jedes Mittel. Trotzdem regen sich Zweifel, wenn wir von dem abstrakten Hinweis auf Staaten, die schlimme Taten böser Menschen gegen gute Bürger mit brachialen Mitteln verhindern wollen, zu konkreteren Beschreibungen wahrscheinlicher oder wirklicher Gefahrensituationen fortschreiten. Viele werden sich erinnern an den Erpressungsfall Hintze im September 1997, als Matthias Hintze bei Potsdam entführt und, wie man durch Erpressungsbriefe wußte, in einer Erdgrube vergraben worden war. Die beiden Täter wurden nach mehreren Tagen von einer Polizeistreife verhaftet. Als einer der Entführer die Polizei nach langen Verhören zu dem Versteck führte, war Matthias Hintze schon gestorben<sup>1</sup>. Wäre

die Anwendung körperlichen Zwangs zum schnelleren Herausfinden des Verstecks legitim gewesen? Manche werden wissen, daß der israelische *Supreme Court* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1996 die Anwendung von Gewalt gegen inhaftierte mutmaßliche Terroristen als zulässig angesehen hat, wenn davon auszugehen ist, daß diese zur Abwendung eines drohenden Terroraktes gegen die Bevölkerung notwendig ist<sup>2</sup>. Statt auf diese realen Vorkommnisse einzugehen, möchte ich einen in Deutschland – noch – fiktiven Fall behandeln<sup>3</sup>, nicht um mich um die realen Probleme herumzuwinden, sondern um unsere gemeinsame Ausgangsüberzeugung zu testen, daß Folter nie, in wirklich keinem Fall praktiziert werden sollte. Je nach Festigung oder Relativierung dieser Überzeugung wird sich dann ein Bewertungsrahmen herauskristallisieren, in dem, bei ausreichender Faktenkenntnis, zu den genannten realen oder künftig sich ereignenden Fällen Stellung bezogen werden kann.

Der Fall spielt in der Heimatstadt des Lesers. Diese wird durch einen Terroristen bedroht, der eine tödliche chemische Bombe versteckt hat. Bei der Geldübergabe wird der Terrorist von der Polizei gefaßt und in Gewahrsam genommen. Der Erpresser schildert den Beamten glaubhaft, daß er vor der Übergabe den Zünder der Bombe aktiviert hat. Die Bombe werde in fünf Stunden explodieren und alle Bewohner der Stadt sowie der Umgebung töten; diese würden eines qualvollen Todes sterben, die schlimmste Folter sei dagegen nichts. Trotz Aufforderung gibt der Erpresser das Versteck der Bombe nicht preis. Androhungen aller zulässigen Zwangsmittel helfen nichts. Der Erpresser fordert eine hohe Geldsumme, seine eigene Freilassung sowie die Freilassung rechtskräftig verurteilter politischer Kampfgenossen, ferner ein Fluchtflugzeug mit Besatzung. Sobald er in der Luft sei, werde er das Versteck der Bombe verraten, so daß diese dann entschärft werden könne. Als Sicherheit sollen ihm zehn prominente Bürger der Stadt als Geiseln zur Verfügung gestellt werden. Die Polizei glaubt aus faktischen und rechtli-

\* Deutsche Fassung eines Vortrags, den der Verfasser im Frühjahrssemester 1999 an mehreren Rechtsfakultäten der USA gehalten hat. Der Artikel baut in den Teilen I bis IV auf zwei früheren Veröffentlichungen auf: Würde gegen Würde, VBIBW 1995, 415 f., 446 ff.; Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 35 (1996), 67 ff. Die Vortragsform ist beibehalten worden, die Fußnoten sind exemplarisch.

<sup>1</sup> Vgl. Rhein-Neckar-Zeitung vom 9. 10. 1997, S. 17 und vom 10. 10. 1997, S. 1.

<sup>2</sup> Entscheidung des *Israeli Supreme Court*, in der Funktion als *High Court of Justice*, Entscheidung HCJ 804/96, Muhammad Abd al-Aziz Hamdan v. General Security Service vom 14. 11. 1996. Vgl. die inoffizielle englische Übersetzung dieser Entscheidung in: Legitimizing Torture. The Israeli High Court of Justice Rulings in the Bilveise, Hamdan and Mubarak Cases. An Annotated Sourcebook, January 1997, in: <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/hamdan.html>. Zu der neueren Entscheidung vom 6. 9. 1999 siehe unten Fn. 13.

<sup>3</sup> Vgl. schon W. Brugger VBIBW 1995, 414 f., 446 ff. und unten Fn. 5.

chen Gründen, diese Forderungen nicht erfüllen zu können, und sieht nur noch ein einziges Mittel der Gefahrenbeseitigung: das „Herausholen“ des Verstecks der Bombe aus dem Erpresser, notfalls mit Gewalt. Darf sie das?

Meine Vermutung ist, daß die meisten von uns sagen werden: „Eigentlich nicht, aber ...“. Das „aber“ würde auf eine gewisse Einschränkung unserer Ausgangsüberzeugung von dem absoluten Verbot der Anwendung von Folter hindeuten – und von Folter im nicht nur umgangssprachlichen, sondern auch rechtstechnischen Sinn ist hier zweifellos die Rede. Folter umfaßt auf jeden Fall die Anwendung erheblicher körperlicher Gewalt durch einen Träger öffentlicher Gewalt gegen eine Person, um von dieser eine Aussage zu erzwingen oder eine Information zu erhalten<sup>4</sup>. Das ist sogar das Schulbeispiel für Folter. Wie also ist dieser Fall zu lösen? Ich will im folgenden nicht auf der Ebene rechtsphilosophischer Reflexion argumentieren, obwohl sich dort durchaus Autoren und Schulen finden lassen, die für die Anwendung von Folter in dem Ausgangsfall stimmen würden<sup>5</sup>. Statt dessen konzentriere ich mich auf die Ebene des positiven Rechts und skizziere zunächst, daß sich auf die Frage nach der Zulässigkeit der Anwendung von Folter in dem Ausgangsfall nicht nur eine, sondern zwei Antworten formulieren lassen: Folter darf wirklich nie, und Folter darf ausnahmsweise doch angewendet werden!

## II. Das absolute Verbot der Anwendung von Folter im deutschen und im internationalen Recht

### 1. Polizeirecht

In dem Ausgangsfall geht es nicht primär um die Verfolgung einer Straftat. Vielmehr steht für die Polizei die Eliminierung der drohenden Gefahr im Vordergrund. Damit kommt Polizeirecht und nicht Strafprozeßrecht zur Anwendung. Unterstellen wir, daß die bedrohte Stadt in Baden-Württemberg liegt. Hier ergibt sich eine Pflicht zur Aussage über gefahrenrelevante Sachverhalte aus §§ 20 I, 27 IV 1, III Nr. 1 bwPolG, soweit die Aussage „zur Abwehr einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte ... erforderlich ist“. Das wäre sie in dem Ausgangsfall: Das Leben der Bewohner der Stadt ist unmittelbar bedroht. Doch sieht § 27 IV 2 bwPolG ein Auskunftsverweigerungsrecht vor, soweit der Betroffene „durch die Auskunft sich selbst oder einen Angehörigen der Gefahr aussetzen würde, wegen einer Straftat ... verfolgt zu werden ...“; vergleichbare Rechte enthält § 136 I 2 StPO. Eine Verfolgungs- und Anklagegefahr besteht durchaus, da der Terrorist zumindest, um nur einige Möglichkeiten zu nennen, eine räuberische Erpressung, das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und eine schwere Gefährdung durch Freisetzen von Giften versucht hat,

<sup>4</sup> Im Völkerrecht weithin akzeptiert ist die Folterdefinition in § 1 I des UN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. 12. 1984, BGBl. 1990 II S. 246. 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 ...“, wenn diese Schmerzen oder Leiden durch einen Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder eine andere in amtlicher Eigenschaft handelnde Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.“

<sup>5</sup> Hierzu W. Brugger *Der Staat* 35 (1996), 67 ff., Abschnitte IV und V sowie die Beiträge in *Israeli Law Review* 23 (1989), 142 ff.

§§ 253 I, III, 255, 308 I, 330 a i. V. m. § 23 StGB. Doch sollte dieses Aussageverweigerungsrecht sinnvollerweise nur für die strafrechtliche Verfolgung, nicht für die Pflicht zur Gefahrenabwehr gelten. Wie lassen sich diese in Spannung befindlichen polizeirechtlichen und strafprozessualen Anliegen in Ausgleich bringen? § 12 II des hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung enthält eine Regelung, die beiden Gesichtspunkten gerecht wird und deshalb als allgemeiner Rechtsgedanke interpretiert werden sollte<sup>6</sup>. Die grundsätzlich bestehende Aussagepflicht wird dort wie in den baden-württembergischen Vorschriften für Fälle drohender Selbstbezeichnung eingeschränkt. Allerdings setzt Satz 3 eine Ausnahme für das Aussageverweigerungsrecht fest: „Dies gilt nicht, wenn die Auskunft für die Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist.“ Um das Recht gegen eine Selbstbezeichnung im Strafprozeß trotzdem zu schützen, bestimmt der folgende Satz 4: „Auskünfte, die gemäß Satz 3 erlangt wurden, dürfen nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr ... verwendet werden.“ Mit anderen Worten: Der zur Aussage Verpflichtete kann strafrechtlich nur so weit belangt werden, als seine Verantwortlichkeit vor der Aussage zur Gefahrenabwehr schon feststeht und im Prozeß bewiesen werden kann.

Verweigert ein Aussagepflichtiger die Auskunft, sind Zwangsmittel zu prüfen. Typischerweise kommen drei Möglichkeiten in Betracht, wenn die Polizei die Gefahr nicht selbst durch Ersatzvornahme beseitigen kann: Zwangsgeld, Zwangshaft und unmittelbarer Zwang (§§ 49 ff. bwPolG). Zwangsgeld und Zwangshaft scheiden in dem hier vorliegenden Fall aus. Dagegen käme die Anwendung unmittelbaren Zwangs, für die die §§ 50 ff. bwPolG ausdifferenzierte Verhältnismäßigkeitsstandards zur Verfügung stellen, in Betracht, wenn nicht § 35 bwPolG bestimmen würde: „Die Polizei darf bei Vernehmungen zur Herbeiführung einer Aussage keinen Zwang anwenden.“

### 2. Verfassungsrecht

Dieses absolute polizeirechtliche Verbot wird durch das Verfassungsrecht bestätigt. Dabei trägt der erste Schein, wenn man von Art. 2 II GG ausgeht, der solche Zwangsmaßnahmen nicht von vornherein ausschließt: Zwar hat nach Satz 1 jeder „das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“, in das durch Erzwingung einer Aussage eingegriffen würde; doch enthält Satz 3 einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Art. 2 II GG hat jedoch Nachrang gegenüber dem spezielleren Art. 104 I 2 GG: „Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.“ Diese Norm ist wiederum eine Spezifikation der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 I GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Beide Vorschriften bringen den allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck, daß kein Mensch, ob unschuldig oder schuldig, verdächtig oder unverdächtig, nur als Mittel zu einem – auch vielleicht guten – Zweck gebraucht, mißbraucht werden soll. Wie § 35 bwPolG enthalten auch die Art. 104 I 2 und 1 I GG keinen Schrankenvorbehalt.

<sup>6</sup> So offenbar H. Scholler/B. Schloer, *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Aufl. 1993, S. 103 ff. Die im Text gegebene Abgrenzung ist m. E. auch mit *BVerfGE* 56, 37 ff. = *JZ* 1981, 303 vereinbar.

### 3. Internationales Recht

Das absolute Verbot der Aussagenerpressung bei polizeirechtlichem Gewahrsam wird bestärkt durch das internationale Recht, in dem Folter und folterähnliche Maßnahmen in einer Vielzahl von Rechtsakten verboten sind<sup>7</sup>. Exemplarisch sei Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>8</sup> genannt, die im Range eines Gesetzes in Deutschland gilt und bei der Auslegung unseres Rechts möglichst zu berücksichtigen ist: „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 somit automatisch – wie auch bei den absoluten Verboten des § 35 b wPolG und Art. 104 I 2 i. V. m. 1 I GG – eine Verletzung dieser Norm; die in diesen Vorschriften angesprochenen Verhaltensweisen lassen sich nie rechtfertigen. Würde die Polizei den Erpresser mit Gewalt zur Aussage zwingen, läge also eine Verletzung auch des Art. 3 EMRK vor.

### III. Formulierungslücke und Wertungslücke

Das bisherige Ergebnis wird nicht jedem einleuchten. Alle, die über diesen konkreten Fall nachdenken, werden, so hoffe ich, ein Unbehagen verspüren. Manche oder viele, vermute ich, werden es für ungerecht und nicht akzeptabel, ja geradezu monströs halten, stellt sich die Staatsgewalt doch in einer Situation, in der Recht und Unrecht zwischen Opfern und Erpresser klar verteilt sind, auf die Seite des Rechtsbrechers. Empörung, für sich genommen, ist jedoch kein Rechtsargument, höchstens ein Anstoß, die Rechtsargumente noch einmal genauer zu prüfen. Das soll im folgenden geschehen. Der erste Schritt hierzu ist, daß zwischen Formulierungslücke und Wertungslücke unterschieden wird<sup>9</sup>. Eine Formulierungslücke liegt vor, wenn wir nach dem Plan eines Gesetzes eine Regelung erwarten würden, eine solche aber nicht finden – beispielsweise sollte ein Strafgesetzbuch Normen über Diebstahl, Erpressung, Mord und Totschlag enthalten. Eine Formulierungslücke liegt hier zweifellos nicht vor. In einem Rechtsstaat sind Normen zu erwarten, die den Exekutivorganen bei der Auswahl von Handlungsmitteln gewisse Beschränkungen auferlegen, und genau das tun die weiter oben erwähnten Vorschriften: Sie schließen die Anwendung von Folter kategorisch aus.

Vielleicht liegt aber eine Wertungslücke vor? Eine solche ist gegeben in Fällen, in denen die Rechtsordnung zwar für einen zu beurteilenden Sachverhalt eine einschlägige Norm bereitstellt und somit eine rechtliche Bewertung vorgibt – diese Wertung erscheint aber im Lichte anderer Normen, die die betreffende Rechtsordnung ebenfalls enthält, als unange-

messend, ungerecht, und sollte aus deren Sicht anders und besser gelöst werden. In einem solchen Fall liegt ein Wertungswiderspruch oder eine Wertungsp pluralität vor, so daß sich die Frage stellt: Welche der beiden widersprechenden Wertungen soll den Vorrang erhalten? Rechtstechnisch kann man darauf antworten: Immer die textlich spezifischste Norm, hier also § 35 b wPolG, Art. 104 I 2 i. V. m. 1 I GG und Art. 3 EMRK. Doch hilft das nicht weiter, denn die Kategorie der Wertungslücke ist gerade für Situationen entworfen worden, in denen keine Formulierungslücke vorliegt, der Wortlaut des Gesetzes vielmehr eindeutig, aber eben aus Sicht anderer relevanter Rechtsnormen ungerecht und nicht akzeptabel erscheint.

Welches sind also die Normen, die eventuell das absolute Verbot der Folter relativieren könnten? Bevor eine Antwort auf diese Frage möglich ist, sind die *Charakteristika des Ausgangsfalles* näher zu analysieren. Dieser zeichnet sich durch acht Merkmale aus<sup>10</sup>. Es liegt eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für (4) das Leben und die körperliche Integrität einer unschuldigen Person vor. (5) Die Gefahr ist durch einen identifizierbaren Störer verursacht. (6) Der Störer ist die einzige Person, die die Gefahr beseitigen kann, indem er sich in die Grenzen des Rechts zurückbewegt, also das Versteck der Bombe verrät. (7) Dazu ist er auch verpflichtet. (8) Die Anwendung körperlichen Zwangs ist das einzig erfolgversprechende Mittel zur Informationserlangung.

Am letztgenannten Punkt mag man Zweifel haben: Schließlich könnte die Polizei auch dem Verlangen des Erpressers nachkommen; ferner ist nicht sicher, daß dieser bei Anwendung von unmittelbarem Zwang das Versteck verraten würde. Was den ersten Punkt angeht, so würde das Nachgeben der Polizei selbst wiederum zu erheblichen Grundrechtseingriffen bei den geforderten Geiseln sowie zu Einbußen bei der Gleichbehandlung und bei der Strafrechtspflege als Moment des Rechtsstaats durch Freilassung der rechtskräftig verurteilten Straftäter führen. Es ist auch nicht sicher, daß der Erpresser vom Flugzeug aus das Versteck verrät. Was den zweiten Punkt angeht, so gilt im Polizeirecht bei der Einschätzung der Geeignetheit eines Gefahrenbeseitigungsmittels der Grundsatz der *ex ante*-Sicht<sup>11</sup>, und nach dieser spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Anwendung körperlichen Zwangs zur Preisgabe des Verstecks der Bombe führen würde. Nimmt man diese beiden Punkte zusammen, wird man das Vorliegen des Kriteriums (8) bejahen können.

Bevor mögliche Gegennormen zu den absoluten Verböten der Anwendung von Folter geprüft werden, ist weiterhin darauf hinzuweisen, daß solche Normen im deutschen Kontext nicht erfolgversprechend sind, wenn sie auf strafrechtlichen Notwehrrechten beruhen<sup>12</sup>. Auf den ersten Blick scheint § 32 StGB auf den hier vorliegenden Fall zu passen: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung,

<sup>7</sup> Vgl. etwa Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 (Sartorius II Nr. 19); Art. 7 i. V. m. Art. 4 und 10 I des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966, BGBl. 1973 II S. 1534; das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26. 12. 1987, BGBl. 1989 II S. 946; die oben Fn. 4 erwähnte UN-Folterkonvention.

<sup>8</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950, BGBl. 1952 II S. 685, 953 mit späteren, die Art. 3 und 15 nicht betreffenden Änderungen.

<sup>9</sup> Zur Terminologie siehe R. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, § 11, S. 58 ff. K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 381 ff., 391 ff. spricht von offener und verdeckter Lücke, E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 141 ff. von offener und Ausnahmelücke.

<sup>10</sup> Gegenüber der Typenbeschreibung des Falles in der oben Fn. 5 genannten Publikation (S. 74) habe ich hier zwei Verdeutlichungen vorgenommen: Es muß sich um eine „erhebliche“ Gefahr handeln (das ergab sich dort aus dem Verweis auf § 54 II wPolG). Ferner habe ich Eingriffe in die „Würde“ jetzt herausgenommen. Konzeptionell besteht dazu eigentlich kein Grund, praktisch ist die Lage in Deutschland jedoch so, daß die Verfassungsrechtswissenschaft trotz der Maxime, nur die elementarsten Verletzungen als Würdeverletzungen anzusehen, faktisch umfangreiche Kataloge von Würdeinteressen entworfen hat, die mehr oder weniger alle Grundrechtsinteressen umfassen. Das geht für die hier diskutierte Problematik entschieden zu weit.

<sup>11</sup> Vgl. Scholler/Schloer (Fn. 6), S. 314 f.

<sup>12</sup> Vgl. zum folgenden Brugger (Fn. 3), S. 453 ff.

die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“ Obwohl man nach dem Sachverhalt davon ausgehen kann, daß die Voraussetzungen des § 32 StGB vorliegen, ist die Anwendbarkeit der Norm in einem Gewahrsamsfall bzw. für die Polizisten ausgeschlossen. Zum ersten enthält Art. 104 I 2 GG als dem § 32 StGB gegenüber vorrangige Norm eine spezielle Regelung für polizeiliche Gewahrsamsfälle. Zum zweiten sind die angeführten Normen des internationalen Rechts, die Folter ausnahmslos ausschließen, gerade für Amtswalterhandeln erlassen worden, so daß diese Normen nicht nur gegenüber dem § 32 StGB jüngeren Datums, sondern auch spezieller sind. Zum dritten ist es fraglich, ob ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der nachträglich die Strafbarkeit von Individuen ausschließt, vorgängig als Befugnisnorm für Amtswalterhandeln taugt<sup>13</sup>. Auf der Suche nach Gegennormen zu den absoluten Folterverboten muß man also Vorschriften finden, die (1) zumindest auf der gleichen Ebene wie die Verbotsnormen angesiedelt sind, und aus denen (2) der Schluß gezogen werden kann, daß eine Relativierung des absoluten Folterverbots für Fälle mit den angeführten acht Merkmalen zu rechtfertigen ist, weil die in den Gegennormen geschützten konkurrierenden Rechtsgüter überwiegen. Zu prüfen sind also in einem zweiten Durchgang noch einmal die Normen des Polizeirechts, des Verfassungsrechts und des internationalen Rechts.

#### IV. Die Relativierung des absoluten Folterverbots in Ausnahmesituationen

##### 1. Polizeirecht

§ 35 bwPolG schließt, wie dargestellt, bei Vernehmungen die Anwendung von Zwang zur Durchsetzung von Auskunftspflichten aus. Gleichzeitig geben aber die Vorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwangs in §§ 50 ff. bwPolG zu erkennen, daß die Zulässigkeit der Anwendung von Zwangsmitteln nach Art und Grad der Bedrohung gestuft ist. Möglich ist „jede Einwirkung auf Personen oder Sachen durch einfache körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt oder Waffengebrauch“ (§ 50 I bwPolG), je nach Er-

forderlichkeit. Bei ganz schweren Bedrohungen darf intensiv eingegriffen werden, dürfen sogar Schusswaffen eingesetzt werden. Bei den schwersten Gefahren ist der finale Rettungsschuß zulässig, wie § 54 II bwPolG deutlich macht: „Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.“ In diesen gestuften Eingriffsbefugnissen kommen zwei Aufbau- und Ermächtigungsprinzipien des Polizeirechts zum Ausdruck: (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 verweisen. Für den Fall des finalen Rettungsschusses heißt das: Das unschuldige Leben muß nicht zugunsten des Lebens des Störers geopfert werden<sup>14</sup>.

Wenn man sich diese gestuften Eingriffsbefugnisse vor Augen führt, dann „paßt“ von dem in Betracht gezogenen Handlungsmittel eigentlich § 52 bwPolG, der unmittelbaren Zwang gegen Personen unter näher bezeichneten, hier gegebenen Verhältnismäßigkeitskautele zuläßt. Zwang zur Aussageerpressung widerspricht jedoch dem absoluten Verbot des § 35 bwPolG. Doch führt aus Sicht derjenigen, die dessen Rechtsfolge für den hier vorliegenden Fall als ungerecht und absurd ansehen, gerade die Absolutheit dieser Norm zu dem Wertungswiderspruch: § 35 müßte insoweit eigentlich eine Beschränkung enthalten, um das Gerechtigkeitsgefühl, den Begriff „Recht“ in Art. 20 III GG sowie die genannten Polizeirechtsmaximen nicht zu konterkarieren. Dieser Schluß wird unterstützt, wenn man sich die Intensität des Eingriffs beim finalen Rettungsschuß in § 54 II bwPolG vor Augen führt: Dieser ist zulässig zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit! Als in der Stufung der Eingriffsbefugnisse der §§ 50 ff. bwPolG intensivstes Eingriffsmittel sollten die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm dann auch für Aussageerpressung gelten. Die acht Charakteristika des Ausgangsfalles tragen dem Rechnung, ja sind noch enger gefaßt, um die Verhältnismäßigkeit auszubalancieren und um eine zu weitgehende Entwertung des § 35 bwPolG zu verhindern.

Ein Gedankenexperiment unterstützt diese Sicht der Dinge: Hält ein Geiselnnehmer die Pistole an die Schläfe der Geisel, darf er erschossen werden, wenn dies das einzig erfolgversprechende Mittel zur Rettung des Lebens der Geisel ist. Hat ein Geiselnnehmer die tickende Bombe an der Geisel befestigt, und kann diese nur durch Anwendung von Zwang zur Preisgabe des Codes des Zündmechanismus gegen den Geiselnnehmer gerettet werden, schließen die einschlägigen Rechtsnormen diese Maßnahme aus. Das ist ein Wertungswiderspruch im Sinne einer nicht einleuchtenden Ungleichbehandlung und eine klare Ungerechtigkeit aus Sicht des Opfers und der Ziele des Polizeirechts, die Vorrang verdienen gegenüber der an sich bedenklichen Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut des Gesetzes.

Auch ein weiteres Bedenken ist letztlich nicht durchschlagend. Das Bedenken knüpft daran an, daß hinter § 35

<sup>13</sup> In der Hamdan-Entscheidung von 1996 (Fn. 2) hatte sich der israelische *Supreme Court* auf die israelische Version des Notwehrrechts berufen, um die Anwendung von körperlicher Gewalt zur Informationserlangung in einem Fall zu rechtfertigen, in dem das Gericht von einer unmittelbaren Bedrohung von Menschenleben unter anderem durch den Inhaftierten ausging, ohne sich letztlich auf diese Norm festlegen zu wollen. Eine andere Befugnisnorm war aber vom Gericht nicht zitiert worden. In der mehrere Klagen zusammenfassenden Entscheidung des *Supreme Court of Israel* vom 6. 9. 1999, in der Funktion als *High Court of Justice* – H. C. 5100/94 u. a., in: <http://www.derechos.org/human-rights/mena/doc/torture.html> – schloß das Gericht die Berufung auf die „necessity defense“ als Ermächtigungsgrundlage aus. Es lagen aus Sicht des *Supreme Court* auch sonst keine Ermächtigungsgrundlagen zur Anwendung von körperlicher Gewalt gegen mutmaßliche Terroristen vor. Anders als weithin in den Massenmedien berichtet, schloß der *Supreme Court* aber Zwangsmaßnahmen gegen Terroristen zur Abwendung von Anschlägen auf die Bevölkerung nicht absolut aus. Er beharrte aus Gründen des Gesetzesvorbehalts und einer impliziten Wesentlichkeitstheorie auf einer klaren gesetzlichen Regelung von Eingriffsbefugnissen. Inhaltlich sprach das Gericht die Problematik von „ticking time bomb situations“ an – das ist die hier vorliegende Konstellation. Man kann diese Entscheidung so lesen: Falls überhaupt Folterungen oder folterähnliche Maßnahmen zulässig sind, dann in diesen Situationen, aber darüber muß das Parlament entscheiden. Offen bleibt in dieser Entscheidung, wie die internationalen absoluten Verbote zu einer eventuellen parlamentarischen Ermächtigung stehen. Dazu nimmt der Text oben Stellung.

<sup>14</sup> Vgl. E. Denninger, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 1992, E Rn. 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 Handlungsstörer gelten.

bwPolG und Art. 104 I 2 GG unter anderem die Überlegung steht, Personen, die durch den polizeilichen Zugriff bei Vernehmungen oder Festnahmen in eine hilflose Position geraten sind, besonders zu schützen. So richtig und wichtig diese Überlegung gegen ja manchmal wirklich drohenden polizeilichen Übereifer ist, trifft sie hier doch nicht die Merkmale des Ausgangsfall: Obwohl in der Obhut der Polizei, ist der Erpresser doch nicht hilflos. Im Gegenteil hält er durch seine Kenntnis der Lokalität der Bombe faktisch die Fäden in der Hand. Er ist zwar in der Hand der Polizei, aber gleichzeitig sind ihm Polizei und Bevölkerung der Stadt ausgeliefert. All das zusammengenommen führt dazu, daß die allgemeine Wertung der gestuften polizeilichen Eingriffsbefugnisse von der einfachen körperlichen Gewalt bis zum finalen Rettungsschuß für Fallkonstellationen mit den acht eingrenzenden Merkmalen den Vorrang verdient gegenüber dem absoluten Verbot der Zwangsanwendung bei Vernehmungen in § 35 bwPolG. Für diese Situationen kann § 35 bwPolG in seinem Anwendungsbereich teleologisch reduziert werden.

## 2. Verfassungsrecht

Art. 104 I 2 GG mit seinem Verbot der Mißhandlung festgehaltener Personen scheint diesem Ergebnis auf den ersten Blick zu widersprechen, enthält die Norm doch keinen Schrankenvorbehalt. Auf den zweiten Blick jedoch wird deutlich, daß der auf der Polizeirechtsebene diagnostizierte Wertungswiderspruch in der gleichen Weise im Verfassungsrecht wiederkehrt. Art. 104 I 2 GG hat nur die Interessen des Festgenommenen als hilfloser Person im Auge, und erscheint in der Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art, in denen die Exekutivorgane gleichzeitig dem Festgenommenen ausgeliefert sind, ungerecht und absurd. Doch wie steht es mit der Staatsfundamentalnorm des Art. 1 I GG, der Menschenwürde, in deren Licht alle anderen Normen, auch diejenige des Art. 104 I 2 GG, auszulegen sind? Die Botschaft des Art. 1 I GG scheint klar zu sein: Zwingt die Polizei den Erpresser zur Informationspreisgabe, benutzt sie ihn nur als Mittel zu einem – wenn auch guten – Zweck, und das ist ohne Einschränkung verboten. Die Menschenwürde kommt jedem Menschen zu, auch dem Störer und vermutlichen Straftäter! Doch bleibt hier schon ausgeblendet, daß der drohende Zwang nur dazu dienen soll, den Erpresser in den ihm zustehenden Rechtsraum zurückzudrängen, den er eigenmächtig und in Verletzung individueller Rechte anderer überschritten hat. Kantisch gesprochen wird der Zwang nur ausgeübt, um den Freiheitsgebrauch aller wieder kompatibel zu machen<sup>15</sup>.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, daß Art. 1 I GG ja nicht nur eine unbedingte Achtungsverpflichtung, sondern auch eine unbedingte Schutzverpflichtung der Staatsorgane enthält. Während die Achtungsdimension hier im Sinne einer Unterlassungsverpflichtung gegenüber dem Erpresser wirkt – „Foltere mich nicht!“ –, können sich alle Opfer des Erpressungsversuchs und der Todesdrohung auf den Schutzanspruch des Art. 2 II i. V. m. 1 I GG berufen – „Schütze unser Leben! Wir wollen keinen qualvollen Tod erleiden, gegen den die schlimmste Folter nichts ist!“ Es steht also körperliche Integrität gegen körperliche Integrität und Würde gegen Würde, und falls ein solcher Konflikt nicht anderweitig auflösbar ist, darf im Zweifel der Staat die Interessen der Opfer denjenigen der Täter überordnen<sup>16</sup>. Dies muß jedenfalls in

Situationen gelten, in denen die staatliche Gewalt durch Festnahme des Täters die privaten Notwehrrechte außer Kraft setzt, wegen des staatlichen Gewaltmonopols also den bedrohten Bürgern verbietet, ihr Leben selbst zu schützen<sup>17</sup>. Im Ergebnis heißt dies, daß Art. 104 I 2 GG im Lichte des Art. 1 I GG im gleichen Umfang in seinem Anwendungsreich teleologisch reduziert werden darf wie § 35 bwPolG gegenüber den §§ 50 ff. PolG: Soweit die acht Kriterien des Ausgangsfall gegeben sind und ein Konflikt von Würde gegen Würde vorliegt, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Interessen der Rechtstreuen diejenigen der Rechtsbrecher übertrumpfen.

## 3. Internationales Recht

Die beschränkte Zulassung von Folter steht in Widerspruch zu der klaren Textaussage der Artikel 3 und 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, die hier als Repräsentativnormen für alle weiteren im internationalen Recht auffindbaren absoluten Folterverbote dienen. Wenn die Absolutheit des Ausschlusses von Folter (sowie der in Art. 3 EMRK genannten foltergleichen Behandlungsweisen) wegen des schon angesprochenen Wertungswiderspruchs zu den Lebens- und Würdeinteressen der Bevölkerung relativiert werden soll, so muß sich der Blick auch hier auf eventuelle Gegennormen sowie auf die Atypik des Ausgangsfall im Vergleich mit den von Art. 3 EMRK primär bedachten Situationen richten.

Was den letztgenannten Punkt angeht, so wendet sich Art. 3 EMRK vorrangig gegen autoritäre und totalitäre politische Systeme, deren Repressionsinstrumente traditionell die Anwendung von Folter umfaßt haben. Wie aber steht es mit der Stoßrichtung der Norm, wenn die Lebens- und Würdebedrohungen nicht von der organisierten Staatsgewalt, sondern von privaten Akteuren ausgehen, deren Aggression im konkreten Fall – nach der polizeilichen Festnahme – gar nicht mehr von den bedrohten Bürgern, sondern, wenn überhaupt, dann nur noch von den staatlichen Organen zurückgewiesen werden kann? Läge die notwendige Gegenwehr „nur“ in der Vernichtung des Lebens des privaten Aggressors durch die Polizei, bestünden keine Bedenken aus der EMRK, wie Art. 2 EMRK deutlich macht, der in Absatz 1 das Recht auf Leben verankert, in Absatz 2 aber folgende Einschränkung anbringt: „Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen ...“. Genau diese Wertung bringt § 54 II bwPolG zum Ausdruck, womit wir bei der Frage sind, ob die Aus-

<sup>16</sup> Vgl. P. Kirchhof, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, in dem gleichnamigen Band der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission (Reihe Rechtsstaat in der Bewahrung Band 2), 1976, S. 83, 114: Bei einer Grundrechtskollision von Leben gegen Leben „und ähnlichem Extremfall 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.“

<sup>17</sup> Das Problem hier ist, daß durch das Dazwischentreten der Staatsgewalt in Form der Polizei das Lebensschutzniveau erheblich absinkt. Vorher konnten sich die Bürger auf ihr Notwehrrecht aus § 32 StGB berufen, das jede zur Gefahrabwendung notwendige Maßnahme rechtfertigt, auch eine durch Zwang herbeigeführte Aussage über das Versteck der Bombe. Nach der Festnahme durch die Polizei ist plötzlich der Störer privilegiert. Seine körperlichen Integritätsinteressen bekommen Vorrang vor den Lebensinteressen der Bevölkerung. Wollte diese den Erpresser aus der Obhut der Polizei befreien, müßten die Polizeibeamten den Erpresser notfalls mit Schusswaffen verteidigen.

<sup>15</sup> Die Anwendung von Zwang in der beschriebenen Situation wäre aus Kantischer Sicht, die sich ja stark in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 1 GG widerspiegelt, gerechtfertigt – ein für viele sicher überraschendes Ergebnis. Hierzu näher Brugger (Fn. 5), Abschnitt IV.

wechslung der Rechtsfolge „Tötung“ durch „Zwang zur Preisgabe einer lebensrettenden Information“ im Rahmen der EMRK zu rechtfertigen ist.

Dieses wird man unter Berufung auf die schon bekannten Argumente bejahen können. Die Konvention enthält in Art. 3 und 15 einerseits und Art. 2 andererseits zwei unterschiedliche Wertungen. In der Regel gehen für die Rechtsfolge „Folter“ und die sonstigen in Art. 3 genannten folterähnlichen Maßnahmen die erstgenannten, speziellen Artikel mit ihren absoluten Verboten vor. In dem hier zugrundegelegten Ausgangsfall verschieben sich jedoch die Wertungsaspekte: Von der Tatbestandsseite aus ist Art. 2 wesentlich differenzierter und problemspezifischer als der insoweit gänzlich unterscheidungslose, sozusagen fall- und situationsenthobene Art. 3 EMRK. Art. 2 II a EMRK ist insoweit passender, als er zugeschnitten ist auf Aggressionsakte Dritter; ein Staat muß das Recht haben, alles Notwendige zum Lebens- und Würdeschutz der bedrohten Opfer zu unternehmen, insbesondere in einem Fall, in dem er durch die polizeiliche Festnahme private Notwehrrechte verdrängt, die ansonsten den konkreten Akt – Zwang zur Preisgabe der lebensrettenden Information – erlauben würden. Damit wird die Gefahr polizeilicher Übergriffe gerade durch Folterakte nicht geleugnet, Art. 3 und 15 werden nicht konturenlos ausgehebelt. Die Ausnahme betrifft nur eine EMRK-interne Anpassung und Ausgleichung unterschiedlicher Wertungen, die im Text der Art. 3 und 15 nicht angemessen zum Ausdruck kommt. Es liegt eine Wertungslücke vor, die geschlossen werden kann, wenn man für Fälle mit den acht genannten Merkmalen die Wertung des Art. 2 II a EMRK als vorrangig ansieht und demgemäß den Anwendungsbereich der Art. 3 und 15 EMRK teleologisch reduziert. Das läuft auf einen dem Art. 3 EMRK im Geiste hinzuzufügenden Satz 2 hinaus, der in Anlehnung an Art. 2 II EMRK folgende Gestalt hätte: „Eine Folter oder sonstige Satz 1 unterfallende Behandlung wird nicht als Verletzung dieses Artikels angesehen, wenn sie unbedingt erforderlich ist zur Beseitigung einer klaren, unmittelbaren, schwerwiegenden Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität einer unschuldigen Person. Sie darf nur gegen einen identifizierten Störer angewendet werden, der eine Pflicht zur Gefahrenbeseitigung insbesondere durch Preisgabe von Information hat.“<sup>18</sup> Im Ergebnis heißt dies, daß in unserem Ausgangsfall die Anwendung von unmittelbarem Zwang durch die Polizei nicht nur im Rahmen der §§ 50 ff. bPolG möglich, sondern auch durch das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention gerechtfertigt ist.

## V. Eine Pflicht zur Anwendung von Folter?

Die bisherigen Darlegungen bezogen sich auf die Frage, ob die staatliche Gewalt in der besagten Situation foltern darf. Wer die Textaussagen der einschlägigen Normen als rechtlich verbindlich und moralisch akzeptabel oder gar gerecht ansieht, wird „nein“ antworten und dann überlegen müssen, wie im Ausgangsfall weiter zu verfahren ist: Soll das Geld gezahlt, sollen die rechtskräftig Verurteilten freigelassen, das Flugzeug und die Geiseln – vielleicht sogar gegen ihren Wil-

len – gestellt werden, alles auf die Gefahr hin, daß der Erpresser, einmal in der Luft, das Versteck doch nicht nennt? Oder, falls wir weder foltern noch den Forderungen des Erpressers nachkommen wollen: Sollen wir alle einen qualvollen, würdelosen Tod sterben? Wird die Frage dagegen im Sinne der Alternativlösung mit „ja“ beantwortet, ergeben sich zwei weitere Analyseschritte, die in der Eigenart des deutschen Verfassungsrechts begründet sind. Der erste Schritt bezieht sich auf die Frage, ob in der besagten Situation Folter nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten wäre.

Dieser auf den ersten Blick überraschende Gedanke wird nahegelegt durch die in ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* vertretene Ansicht, daß Grundrechte nicht nur Abwehrrechte, sondern auch objektive Wertentscheidungen oder Elemente objektiver Ordnung sind<sup>19</sup>. Das Gericht und die Verfassungsrechtsdogmatik haben ein ganzes Spektrum von solchen objektiven Dimensionen entwickelt<sup>20</sup>, von denen hier die Schutzpflichtdimension in Betracht kommt. Die Staatsorgane haben die Grundrechte nicht nur zu achten, indem sie selbst keine Grundrechtsverletzungen begehen, sondern auch angemessen gegen Bedrohungen von dritter Seite zu schützen. Dies gilt schon nach dem Text des Art. 1 I GG für drohende Eingriffe in die Menschenwürde; nach der Verfassungsrechtsdogmatik werden staatliche Schutzpflichten insbesondere dann aktuell, wenn „die Grundrechtsverletzung, die sich aus der Grundrechtsgefährdung zu entwickeln droht, *irreparabel*, die Entwicklung, die aus der Grundrechtsgefährdung die Grundrechtsverletzung hervorzubringen droht, *unbeherrschbar* oder das konflikt- und kollisionsreiche Zusammenspiel der Einzelnen, in dem Grundrechtsverletzungen passieren können, von den Betroffenen *nicht autonom regulierbar* ist“<sup>21</sup>. Alle drei Gesichtspunkte kommen in dem Ausgangsfall zusammen: Drohender Lebensverlust für die Bevölkerung der Stadt, Unbeherrschbarkeit der Einwirkungen nach der chemischen Explosion, Wegfall autonomer Regulierbarkeit des drohenden Schadens (durch Berufung auf das Notwehrrecht) wegen des Dazwischentreitens der Polizei.

Die Bedeutung des staatlichen Lebensschutzes bei Bedrohungen von dritter Seite ist vom *BVerfG* mehrmals hervorgehoben worden, insbesondere in den Abtreibungsurteilen<sup>22</sup>. Jedoch bietet sich hier eine noch passendere Entscheidung als Referenz an – der *Schleyer*-Entführungsfall aus dem Jahre 1977<sup>23</sup>. *Hanns Martin Schleyer* war nach Ermordung seiner Begleitpersonen von Terroristen entführt worden. Die Entführer forderten von der Bundesregierung die Freilassung von elf politischen Gesinnungsgenossen, die teils in Untersuchungshaft saßen, teils schon rechtskräftig verurteilt waren, sowie die freie Ausreise. Bei Nichterfüllung dieser Forderungen drohten sie die „Hinrichtung“ der Geisel an. *Schleyers* Sohn stellte daraufhin beim *BVerfG* den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung, mit der die Regierung zur Erfüllung der Forderungen der Erpresser verurteilt werden sollte. Dies lehnte das *BVerfG* ab, aber nicht, weil es die Bedeutung des Lebensschutzes für *Hanns Martin Schleyer* gering schätzte. Das Gericht stellte ausdrücklich fest:

„Art. 2 II 1 in Verbindung mit Art. 1 I 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist umfas-

<sup>18</sup> Die hier vorgebrachten Argumente können entsprechend im Rahmen der anderen Rechtsinstrumente vorgebracht werden, die absolute Verbote von Folter und foltergleichen Handlungen enthalten, vgl. oben Fn. 7. Auch dort ist intern oder, falls nötig, extern in einer anderen gleichrangigen völkerrechtlichen Norm nach dem Recht auf Leben und insoweit zugelassenen Einschränkungsmöglichkeiten zu suchen, die in der hier vorliegenden Fallkonstellation Vorrang verdienen.

<sup>19</sup> Seit der Lüth-Entscheidung *BVerfGE* 7, 198, 204 f. = JZ 1958, 119, 120, dazu *B. Wölff*, S. 202.

<sup>20</sup> Vgl. repräsentativ *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, § 4.

<sup>21</sup> *Pieroth/Schlink* (Fn. 20), Rn. 92.

<sup>22</sup> Vgl. *BVerfGE* 39, 1, 42 = JZ 1975, 205, 208 m. Anm. *Kriele*; 88, 203, 251 = JZ 1993, Anhang nach S. 1172, vgl. dazu *Starck* JZ 1993, 816.

<sup>23</sup> Vgl. *BVerfGE* 46, 160 ff. = JZ 1977, 750.

send. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (BVerfGE 39, 1, 42). An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben, auszurichten. Da das menschliche Leben einen Höchstwert darstellt, muß diese Schutzverpflichtung besonders ernst genommen werden.<sup>24</sup>

Die Ablehnung der einstweiligen Anordnung gründete in der Besorgnis, bei Entgegenkommen in diesem Fall würden die Staatsorgane in künftigen Geiselnahmefällen eher erpressbar und für die Rechtsbrecher berechenbar, so daß auf lange Sicht gesehen die Rettung des Lebens von *Hanns Martin Schleyer* mit der Gefährdung vieler anderer potentieller Opfer erkaufte werden würde.

Dies ergibt sicher Sinn. Die Staatsorgane müssen solche Abwägungen zwischen Einzelwohl und Gesamtwohl treffen können, dementsprechend muß ihnen bei der Wahl der effektivsten Lebensschutzmaßnahme ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zur Verfügung stehen, in den Gerichte durch Interpretation entsprechender Schutzpflichten nicht voreilig eingreifen sollten. Doch macht das BVerfG eine bemerkenswerte Einschränkung für die Eigenverantwortung der zuständigen Regierungs- und Exekutivorgane:

„Ihre Freiheit in der Wahl der Mittel zum Schutz des Lebens kann sich in besonders gelagerten Fällen auch auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn ein effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht zu erreichen ist.“<sup>25</sup>

Im *Schleyer*-Entführungsfall lag keine Ermessensreduzierung auf Null vor, in unserem Ausgangsfall dagegen ist das Ermessen auf Null reduziert: Würde steht gegen Würde, Leben gegen Leben, das einzig erfolgversprechende Mittel zum Schutz der Bewohner der Stadt ist die Anwendung von Zwang gegen den gefaßten Erpresser, um das Versteck der Bombe herauszufinden. Zudem trifft die staatlichen Organe noch eine besondere Gewährleistungspflicht zum Lebensschutz, weil sie durch die polizeiliche Festnahme die privaten Notwehrrechte der bedrohten Bevölkerung aushebeln. Damit steht fest: Die Polizei darf in diesem Fall nicht nur foltern, sie muß es aus verfassungsrechtlichen Gründen auch.

## VI. Ein Recht auf Anwendung der Folter?

Wenn die Polizei in dieser Situation Zwang zur Preisgabe des Verstecks der Bombe nicht nur anwenden darf, sondern sogar muß – haben dann die in ihren Lebens- und Würdeinteressen bedrohten Bürger einen individuellen Anspruch auf Folterung? Auch diese zunächst schockierende Frage ist eine, wenn man der herrschenden Dogmatik folgt, naheliegende Frage, die zu stellen die Schutznormlehre gebietet. Diese Lehre legt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Handlungspflicht eines Trägers öffentlicher Gewalt – hier der Polizei – gleichzeitig zu einem Anspruch der durch die Pflicht begünstigten Bürger wird. Die Schutznormtheorie wird benötigt, weil nicht jeder öffentlich-rechtlichen Pflicht ein subjektivrechtlicher Anspruch des Begünstigten entspricht – es gibt keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch. Voraussetzung einer solchen Pflicht-Recht-Transformation ist, (1) daß eine Pflicht zu einem bestimmten Handeln besteht, (2) daß dieses Handeln die Bürger nicht nur objektiv begünstigt, sondern auch begünstigen soll, wobei die Gesetzeszwecke und das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte zu berücksichtigen sind, ferner (3) daß es sich um ei-

nen überschaubaren, identifizierbaren, aber nicht unbedingt kleinen Personenkreis handelt<sup>26</sup>.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. (1) Wie nach der Alternativlösung dargelegt, darf und muß die Polizei unmittelbaren Zwang gegen den Erpresser anwenden, um das Versteck der Bombe herauszufinden. Die einfachgesetzliche Ermächtigung dazu findet sich in der Stufung der polizeirechtlichen Eingriffsbefugnisse in den §§ 50 ff. bwPolG, insbesondere in §§ 50, 52 bwPolG. Diese lassen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Einwirkung auf Personen durch einfache körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt oder Waffengebrauch zu, und schränken im Ausgangsfall den Anwendungsbereich des § 35 bwPolG ein. Diese Erlaubnis wandelt sich schon polizeirechtlich zur Pflicht, wenn man die Zwecke des Polizeirechts und die konkret widerstreitenden Interessen berücksichtigt; die Pflicht ergibt sich aber auch grundrechtlich aus der Gesamtabwägung der Kollision von Würde gegen Würde und Leben gegen Leben des Störers einerseits, der bedrohten Bevölkerung andererseits. (2) Daß diese Pflicht die betroffenen Bürger auch begünstigen soll, ergibt sich aus der Schutzfunktion der einschlägigen polizeirechtlichen Aufgaben – Gefahrenabwehr auch im Interesse der Bürger, insbesondere wenn Lebensinteressen betroffen sind – wie auch der gleichgerichteten grundrechtlichen Schutzzwecke. Damit wird nicht geleugnet, daß solches Handeln auch grundrechtliche Eingriffe für den Erpresser mit sich bringt, aber diese sind in der beschriebenen Fallsituation gerechtfertigt – der Erpresser kann dem Eingriff ohne weiteres ausweichen, durch Rückzug in den Bereich legalen Verhaltens, während die Bürger dies nicht können<sup>27</sup>. (3) Schließlich handelt es sich auch um eine überschaubare Gruppe von Personen – die Bevölkerung der bedrohten Stadt. Damit ergibt sich – ausgehend von der Alternativlösung der Erlaubnis zur Folter in diesem Fall und aufbauend auf der herrschenden Verwaltungsrechts- und Verfassungsrechtsdogmatik – der Schluß, daß die betroffenen Bürger hier einen individuellen Anspruch auf Anwendung von Gewalt haben, um das Versteck der Bombe zu erfahren und die Lebensgefahr zu beseitigen.

## VII. Abschließende Überlegungen

Das Ergebnis muß verblüffen und, je nach Vor- und Nachverständnis, entsetzen oder befriedigen. Kein deutsches Gericht und kein deutscher Rechtsprofessor hat, soweit ich sehe, seit Inkrafttreten des Grundgesetzes die Zulässigkeit von Folter explizit vertreten<sup>28</sup> oder gar eine Pflicht zur und ein Recht auf Anwendung von Folter diagnostiziert. Doch geht es gar nicht um eine generelle Schwächung der Folterverbote, sondern im Gegenteil um deren Stärkung durch Spezifizierung und Herausnahme einer Fallgruppe, in der das abso-

<sup>26</sup> Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 8 Rn. 8 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 19 IV, Rn. 118 ff., 127 ff.; *F. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 42 Rn. 83 ff., 117 ff.

<sup>27</sup> Ein Eingriff läge nicht nur in Art. 104 I 2 GG, sondern auch in Art. 1 I GG – durch Brechung des Willens – vor, wenn man Art. 1 I, wie die h. M. das tut, als Grundrecht ansieht. Der Fall zeigt, daß die These, jeder Eingriff in die Menschenwürde sei automatisch eine Verletzung, nicht aufrechtzuerhalten ist. Hierzu *W. Brugger*, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, 1997, S. 9 ff.

<sup>28</sup> Vgl. aber das Buch des ehemaligen niedersächsischen Ministerpräsidenten *Ernst Albrecht*, Der Staat. Idee und Wirklichkeit. Grundzüge einer Staatsphilosophie, 1976, S. 174, und hierzu, unter Diskussion eines vergleichbaren Ausgangsfalles, *R. W. Trapp*, Nicht-klassischer Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1988, S. 565. Vgl. zu Reaktionen auf meine oben Fn. 3 und 5 zitierten Artikel unten Fn. 36.

<sup>24</sup> BVerfGE 46, 160, 164 = JZ 1977, 750, 751.

<sup>25</sup> BVerfGE a.a.O., S. 164 f.

lute Folterverbot zu widersinnigen und ungerechten Ergebnissen, zu einem „ethischen Skandalon“<sup>29</sup> führen würde. Nicht alle werden diese Einschätzung teilen. Manche oder viele werden sagen: *Fiat lex, pereat mundus*, und sie können sich auf den Wortlaut der einschlägigen Rechtsnormen und die moralische Haltung stützen, daß bestimmte Akte wie Folter so schlimm sind, daß sie verboten sein sollen, was auch immer die Folgen sein mögen.

Andere, unter ihnen der Verfasser, teilen diese Ansicht nicht. Sie werden, was die moralische Einschätzung von Handlungen angeht, immer auch auf deren Voraussetzungen und Konsequenzen achten, um dann zu einem abgewogenen Gesamturteil zu kommen<sup>30</sup>. In diesem Fall ist das Urteil klar: Der Erpresser hat die Grenzen des Rechts überschritten, er kann sich und muß sich in das Feld der Legalität zurückbewegen. Das ist einfach und unkompliziert möglich und zumutbar. All das gilt für die bedrohten Bürger der Stadt und die Polizisten bzw. die eingeforderten Geiseln nicht: Sie sind der Erpressung und Todesgefahr ausgeliefert. In einer solchen Situation den Erpresser zu privilegieren gegenüber den an sich notwehrberechtigten Bürgern, stellt die Gerechtigkeit auf den Kopf. In einem solchen Fall kann man mit dem Altbundespräsidenten *Roman Herzog* sagen: „Auf den Ernstfall einer terroristischen ... Erpressung bezogen bedeutet das: Wenn der Staat als zu schwach erscheint, die eigene Werteordnung zu verteidigen, dann zerstört er das Vertrauen derer, die ihn gerade mit dieser Schutzfunktion beauftragt haben; niemand stattet einen schwachen Garanten mit starken Rechten aus.“<sup>31</sup>

Was die Umgehung des Wortlauts der zitierten Zwangsanwendungs- und Folterverbote angeht, so ist dies sicher bedenklich unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Gewaltenteilung: Klare Gesetzesgebote sollten eigentlich immer beachtet werden! Doch ist die Kategorie der Wertungslücke bzw. besser des Wertungswiderspruchs gerade dazu entwickelt worden, um solche Spannungslagen zu bewältigen. Nur wenn der Widerspruch einer Gesetzesnorm zu den Gesetzeszwecken oder eines Gesetzes zu Recht und Gerechtigkeit deutlich und intensiv ist, kommt eine solche interpretative Fortbildung des Rechts in Betracht. Das *BVerfG* selbst hat in der *Soraya-Entscheidung*, in der es sich rechtsfortbildend über eine klare Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches hinwegsetzte, betont:

„Dem unter Entscheidungszwang stehenden Richter [und, man ergänze in diesem Fall, Polizisten] kann ... kein Vorwurf gemacht werden, wenn er zu der Überzeugung gelangt, er dürfe nicht im Vertrauen auf eine noch ganz ungewisse künftige Intervention des Gesetzgebers formale Gesetzestreue auch um den Preis einer erheblichen Einbuße an Gerechtigkeit üben.“<sup>32</sup>

„Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der

<sup>29</sup> So *R. W. Trapp*, in: *J. Nida-Rümelin/W. Vossenkuhl* (Hrsg.), *Ethische und politische Freiheit*, 1998, S. 447, 463.

<sup>30</sup> Erstere würde die Rechtsphilosophie als Deontologen, letztere als Konsequentialisten ansehen. Man kann auch an *Max Webers* Unterscheidung von Gesinnungs- und Verantwortungsethikern denken.

<sup>31</sup> Ansprache des damaligen Bundespräsidenten *Roman Herzog* bei der Gedenkveranstaltung aus Anlaß der 20. Wiederkehr des Todestages von *Hanns Martin Schleyer* am 18. 10. 1997, Veröffentlichungen der *Hanns Martin Schleyer-Stiftung*, Band 50, S. 29, 36 f. Auf S. 35 findet sich eine etwas andere Formulierung: „Die Idee des Rechtsstaats ist mehr als ein Organisationsschema. In ihm bündelt sich die Erfahrung, daß staatliche Macht mißbraucht werden kann und daß deshalb Vorkehrungen zu ihrer Begrenzung zu treffen sind ... [Dies] sind die in einem freiheitlichen Staat schlechthin konstituierenden Merkmale, die weder unter Effizienzgesichtspunkten modifizierbar noch durch subjektive Gerechtigkeitserwartungen des einzelnen Bürgers relativierbar sind.“

<sup>32</sup> *BVerfGE* 34, 269, 292 = *JZ* 1973, 662, 667 m. Anm. *Kübler*.

verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinngehalt besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag ... Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsgemäßen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt.“<sup>33</sup>

Die absoluten Folterverbote sind in der diskutierten Fallkonstellation ungerecht. Sie aufrechtzuerhalten, untergräbt das Vertrauen der Bürger in die Rechtsordnung als System gegenseitiger Sicherheit und Freiheit. Sie für die angesprochene Fallgruppe zu beschränken, würde das Gleichgewicht wieder herstellen. Damit wird nicht der *Maxime* „Not kennt kein Gebot“ das Wort geredet. Im Gegenteil geht es um eine Rechtsabwägung und Spezifizierung der Ausnahmesituation, damit nicht die eine Ausnahme zu vielen Ausnahmen mutiert und der Grenzfall plötzlich der Regelfall wird<sup>34</sup>. Daß die Auslegung der acht Tatbestandsmerkmale der Ausnahmekonstellation, die ja zum großen Teil aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannt sind, im Einzelfall schwierig ist, wird nicht geleugnet, aber das ist bei jedem „hard case“ der Fall. Vielleicht sind auch die acht Tatbestandsmerkmale zu eng oder zu weit<sup>35</sup>? Ohne eine argumentative Klärung läßt sich das nicht sagen.

Gegen eine solche Diskussion gibt es allerdings eminent starke Widerstände. In Deutschland gründen diese vermutlich in der Erfahrung des Dritten Reiches, das nach wie vor einen langen und düsteren Schatten auf Themen wie Folter wirft und faktisch oft als Diskussionstabu wirkt bzw. das Ergebnis differenzierungslos vorherbestimmt. Im Völkerrecht ist wohl die Befürchtung vorherrschend, die Zulassung auch nur einer Ausnahme von den absoluten Folterverboten würde den mühsam errichteten Damm gegen staatliche Barbarei zerstören und die errungenen Fortschritte zunichte machen. Diese allgemeine Befürchtung ist nicht von der Hand zu weisen. Aber ist das ausreichend Grund, konkrete Entscheidungen erdulden zu müssen, von denen wir wissen, daß sie

<sup>33</sup> *AaO*, S. 287. Diese Kriterien finden sich auch in der Literatur wieder. Vgl. *Zippelius* (Fn. 8), § 13 III, S. 76 f.; *Larenz* (Fn. 8), S. 400; *Kramer* (Fn. 8), S. 165.

<sup>34</sup> Von den genannten Kriterien ausgehend, ist zum Beispiel klar, daß in dem vom *EuGHMR* entschiedenen Fall Republik Irland gegen Vereinigtes Königreich die Anwendung der sogenannten „Fünf Verhörtechniken“ gegen inhaftierte IRA-Mitglieder nicht zulässig war. Dort gab es nur vage Verdachtsmomente auf terroristische Akte, und es fehlte an der Unmittelbarkeit der Gefahr. Im Ergebnis besteht damit kein Unterschied zur Entscheidung des *EuGHMR*, der diese Behandlungsmethoden als folterähnlich im Sinne des Art. 3 EMRK eingestuft hat: Entscheidung vom 18. 1. 1978, *EGMR* 26, 65 ff. Zu weiteren Fällen, die der hier diskutierten Konstellation nicht entsprechen, *Brugger* (Fn. 5), S. 274 Fn. 20, 94 Fn. 90. Die vom israelischen *Supreme Court* angesprochenen „ticking time bomb situations“ (Fn. 13) werden in dem Abschnitt „Physical Means and the ‘Necessity’ Defence“ wie folgt beschrieben: „[A suspect] holds information respecting the location of a bomb that was set and will imminently explode. There is no way to diffuse the bomb without this information. If the information is obtained, however, the bomb may be diffused. If the bomb is not diffused, scores will be killed and maimed.“ Die hier genannten acht Fallmerkmale spezifizieren diese Fälle, ferner wird ein Vorschlag unterbreitet, wie mit diesen Fällen auf völkerrechtlicher Ebene verfahren werden könnte.

<sup>35</sup> Sollte die Zahl der Bedrohten entscheidend sein oder reicht unter den genannten Umständen, wie hier vertreten, ein Konflikt von einem Störer gegen ein Opfer aus? Sollte es, wie § 52 I *BwPolG* nahelegt, auch auf Alter und Geisteszustand des Störers ankommen? Sollte, wie im Polizeirecht allgemein, das Ausmaß der drohenden Gefahr die Strenge der Unmittelbarkeitsprüfung oder gar andere der acht Faktoren beeinflussen?

ungerecht sind und uns das Leben kosten können? Wenn die Rechtswissenschaft Wissenschaft von Gesetz, Recht und Gerechtigkeit sein will, dann muß sie die Kraft zur Unterscheidung aufbringen und darf sich nicht vor den heikelsten Problemen drücken. Daß durch die Zulassung von Folter in der hier diskutierten Fallkonstellation die Zivilität des Rechts erhebliche Einbußen hinnehmen würde, steht außer Frage. Aber außer Frage steht auch, daß in einer Lage, in der mit Barbarei auf jeden Fall zu rechnen ist, was immer man tut, das Recht sich besser auf die Seite der Opfer als der Täter stellen sollte. Dies deutlich und unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen, im nationalen wie internationalen Recht, wäre trotz der unleugbaren Verluste ein Gewinn an Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, für alle Betroffenen, von potentiellen und faktischen Rechtsbrechern über die Bürger bis zu den Polizisten, auf deren Rücken dieser Wertungskonflikt ansonsten ausgetragen wird.

Trotzdem ist mit einer Änderung der Rechtslage im deutschen und internationalen Recht nicht zu rechnen<sup>36</sup>. Deutschland mit seiner Vergangenheit ist, wie die bisherige Nichtbehandlung dieses Themas jedenfalls in Form von rechtswissenschaftlichen Fallanalysen zeigt<sup>37</sup>, kaum willens,

<sup>36</sup> Anders ist die Lage in Israel, wo nach der oben Fn. 13 zitierten Entscheidung des *Supreme Court* eine Entscheidung des Parlaments nicht auszuschließen ist.

<sup>37</sup> An apodiktischen Aussagen zum absoluten Verbot von Folter dagegen besteht kein Mangel. Vgl. repräsentativ *A. Podlech*, in: Alternativkommentar zum GG, 1984, Art. 1 I Rn. 73: Eine „Folterung [ist] auch nicht zur Rettung anderer Menschen, z. B. einer Geisel, erlaubt.“ Siehe aber nunmehr

hier vorzupreschen. Im Völkerrecht herrschen die genannten Widerstände gegen eine Textänderung vor. Wie die einschlägigen ausführlichen Rechtsakte zeigen, sollen im Gegenteil das Unwerturteil über jede Art von Folter oder folterähnlicher Behandlung verstärkt sowie die Sanktionierung von Verstößen festgezurr werden. Wenn somit die eigentlich gebotene Textänderung nicht eintreten wird, tritt vielleicht ein psychologischer Vorteil der hier angebotenen interpretativen Ausweichstrategie vor Augen, mit der nationale und internationale Juristen, die Sympathie für die hier entwickelte Alternativlösung haben, leben können: Wir halten die absoluten Verbote aufrecht, um Folter möglichst stark zu tabuisieren und die zuständigen Exekutivorgane möglichst effektiv von ihrer Praktizierung abzuschrecken. Gleichzeitig hoffen wir aber, daß für den Fall des Eintretens der geschilderten Ausnahmesituation die Amtswalter das Richtige und Gerechte tun würden, nämlich Zwang zur Informationspreisgabe anwenden. Wir erwarten dann auch, daß der moralisch-politische Druck zum Schutz dieser Amtswalter übermächtig wäre. Und wir wissen, daß das zumindest von dem Erpresser angerufene nationale oder internationale Gericht dann interpretativ Wege finden würde, für diese Fallgruppe, aber auch nur für diese, die notwendige Zwangsanwendung als gerechtfertigt anzusehen.

*T. Maunz/R. Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, § 23 I 2, S. 173 und *C. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner GG, 4. Aufl. 1999, Art. 1 I Rn. 71, die der hier vorgeschlagenen Lösung des Konflikts zuneigen.