

Folter von Terroristen, um großes Leid abzuwenden?

Relevante Normen: Art. 1 I, II, 2 II S. 1, 20 III, 104 I S. 2, 79 III GG, Art. 3 EMRK, §§ 343, 240 StGB

Alle Rechte vorbehalten: Dr. Rolf Schmidt – Mai 2005

Im Februar 2005 wurde vom Verfasser im Rahmen des Beitrags bezüglich des Falls Daschner die Frage aufgeworfen, ob der Staat foltern dürfe, um ein Menschenleben zu retten. In Zeiten des Kampfes gegen den internationalen Terrorismus gewinnt die Frage an noch größerer Brisanz, wenn es um die Erpressung einer Aussage geht, um einen terroristischen Anschlag mit Massenvernichtungswaffen zu verhindern. Dieser Fall ist konstruiert, aber könnte er ausgeschlossen werden?

Der nunmehr folgende Beitrag versucht, die rechtlichen Grenzen aufzuzeigen und den Sachverhalt einer Lösung zuzuführen. Dabei unterscheidet er zwischen der Rechtfertigung nach öffentlichem Recht und der nach Strafrecht.

Sachverhalt: Terrorist T, der aus ideologischen Gründen jederzeit bereit wäre, für die Erreichung seiner Ziele zu sterben, hat im Zentrum einer deutschen Millionenmetropole eine sog. schmutzige Bombe¹ versteckt und mit einem Zeitzünder versehen. Mit Hilfe von Informationen eines V-Mannes gelingt es der Polizei, T zu fassen. Da nach dem Stand der Ermittlungen nur noch 2 Stunden bis zur Explosion verbleiben und T nicht bereit ist, den Standort der Bombe preiszugeben, sieht der ermittelnde Polizeibeamte P keine andere Möglichkeit, als T anzudrohen, ihm würden „Schmerzen, wie er sie bisher nicht gekannt“ habe, zugefügt, und denkt dabei an Nadelstiche in das Schmerzzentrum des Ohres. Aufgrund dieser Androhung nennt T die Lage der Bombe, die wenige Minuten vor der Detonation entschärft werden kann.

T macht geltend, ihm sei Folter angedroht worden, wodurch seine Menschenwürde verletzt worden sei. Außerdem ist er der Meinung, P habe sich strafbar gemacht.

Vorbemerkung: Bei der rechtlichen Würdigung dieses Falls ist strikt zwischen der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach öffentlichem Recht und der persönlichen strafrechtlichen Verantwortung des P zu unterscheiden.

I. Rechtmäßigkeit der Drohung nach öffentlichem Recht

Bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach öffentlichem Recht ist wiederum danach zu unterscheiden, ob die Drohung zum Zwecke der Strafverfolgung oder zum Zwecke der Lebensrettung, also zur Gefahrenabwehr, erfolgte. Geschah sie zum Zwecke der Strafverfolgung, ist Prüfungsmaßstab (unabhängig von Art. 104 I S. 2 GG) § 136 a StPO (verbotene Vernehmungsmethoden). Erfolgte sie jedoch zur Gefahrenabwehr, richtet sich die (Un-)Zulässigkeit nicht nach den Vorschriften der StPO, sondern nach den Vorschriften des Polizeigesetzes des betreffenden Bundeslandes.²

P ging es nicht um eine Aussageerzwingung in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, sondern um die Lebensrettung einer unüberschaubaren Zahl von Menschen, also um Gefahrenabwehr. In allen Gefahrenabwehrgesetzen (Polizeigesetzen) der Länder ist der **unmittelbare Zwang**, also die Anwendung von Zwang, um den Adressaten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen zu bewegen, geregelt. Zulässig ist der unmittelbare Zwang, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, um den Schutz eines höherrangigen Rechts- guts zu gewährleisten. Es findet also – freilich unter Beachtung des Grundsatzes der Verhält-

¹ Das ist eine Bombe, die mit Hilfe von konventionellem Sprengstoff explodiert und dabei radioaktives Material in die Atmosphäre verbringt.

² Zur Abgrenzung zwischen Strafverfolgungsrecht und Gefahrenabwehrrecht sowie zur doppel-funktionalen Tätigkeit der Polizei vgl. R. Schmidt, BesVerwR II, 8. Aufl. 2004, S. 1 ff.

nismäßigkeit – eine echte Güterabwägung statt, vorliegend zwischen der körperlichen Integrität des T und dem Leben einer unüberschaubaren Zahl von Menschen. Wenn man bedenkt, dass nach dem kürzlich erlassenen **Luftsicherheitsgesetz** von Terroristen entführte Passagierflugzeuge abgeschossen werden dürfen, um Katastrophen abzuwenden, die mit dem gezielten Lenken des entführten Flugzeugs etwa in ein Hochhaus oder in ein Atomkraftwerk verbunden sind³, oder dass nach den Bestimmungen der Polizeigesetze der **finale Rettungsschuss** (Todesschuss) zulässig ist, etwa um eine Geisel zu befreien⁴, könnte man annehmen, dass die Anwendung von Zwang, der (lediglich) die körperliche Integrität des Verantwortlichen beeinträchtigt, aber mindestens auf einer ebenso großen Konfliktlage beruht, als Minus-Maßnahme jedenfalls erst recht zulässig sei, wenn alle anderen Mittel untunlich erscheinen oder keinen Erfolg versprechen.

Fraglich ist, ob diesem Ergebnis die **Menschenwürde** des Adressaten der Folter bzw. deren Androhung entgegensteht, die nach dem Wortlaut des Art. 1 I GG unantastbar und sie zu achten und zu schützen Verpflichtung aller staatlicher Gewalt ist. Diejenigen, die den naturalistischen Ansatz vertreten, müssen konsequenterweise das Verhalten des P als Verstoß gegen die Menschenwürde ansehen. Möglicherweise rechtfertigt aber der positivistische Ansatz ein anderes Ergebnis. Für die Unzulässigkeit der Folter bzw. deren Androhung spricht jedenfalls, dass der Parlamentarische Rat mit der Formulierung der Menschenwürde an erster Stelle des Grundgesetzes die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen vor Augen hatte und solchen die Menschenwürde verachtenden Zuständen für alle Zeiten (vgl. Art. 79 III GG) den Boden entziehen wollte. Wenn man sich dann aber auf den Standpunkt stellt, dieser Sinn und Zweck des Art. 1 I GG hätte mit der vorliegenden Konfliktsituation nichts zu tun, sodass die Menschenwürde auch positivistisch verstanden werden könne, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die Menschenwürde nur dann verletzt ist, wenn dem Betroffenen in menschenverachtender Weise seine Menschlichkeit abgesprochen und er zum Objekt eines beliebigen Verhaltens gemacht wird. Verneint man dieses für die zu beurteilende Konfliktsituation, gelangt man zur Verneinung der Verletzung der Menschenwürde. Auf der anderen Seite ist die Würde des Menschen nun einmal oberstes Gut der Verfassung und in Art. 1 I, III GG als geltendes und von jeder staatlichen Stelle zu beachtendes Recht festgeschrieben. Jedenfalls zeigt die vorstehende Diskussion, dass der Rechtsstaat in Konfliktsituationen der vorliegenden Art an seine Grenzen gerät. Diejenigen, die kategorisch die Zulässigkeit von Folter bzw. deren Androhung verneinen, sollten aber bedenken, dass sich der Staat damit der Möglichkeit begibt, abwendbare Katastrophen des genannten Ausmaßes abzuwenden und er letztlich das Lebensrecht konkreter Menschen negiert und zugleich denjenigen kriminalisiert, der das Unheil abwenden möchte.⁵ Mit dem Sinn und Zweck von Folter, die darin bestehen, Inhaftierten den Willen zu brechen, diese gefügig zu machen und die eigene Macht

³ Vgl. dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 308a. Sollte das BVerfG das Gesetz für verfassungswidrig erklären, ist davon auszugehen, dass die Verfassungswidrigkeit primär wegen Verstößen gegen die Kompetenzvorschriften des GG festgestellt wird und daher das Gericht die Frage unbeantwortet lassen kann, ob das Gesetz (insb. dessen § 14 III) auch in materieller Hinsicht gegen das GG verstößt.

⁴ Im Übrigen ist es beim finalen Rettungsschuss unstrittig, dass Art. 2 II S. 1 GG (und damit Art. 1 I GG) nicht verletzt ist, wenn er die einzige Möglichkeit darstellt, eine gegenwärtige Gefahr für das Leben der Geisel(n) abzuwehren, und auf einer hinreichend bestimmten Rechtsgrundlage ergeht (*Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 85; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn 77; *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn 182; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 Rn 42; *Pieroth/Schlink*, Rn 405). Inkorrekt ist daher die im Zusammenhang mit der Verkündung des Luftsicherheitsgesetzes am 12.1.2005 erfolgte Äußerung des Bundespräsidenten *Horst Köhler*, das Grundgesetz lasse keine Abwägung zulasten des menschlichen Lebens zu. Zum finalen Rettungsschuss vgl. ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR II, Kap. 1.

⁵ Lehnt man (entgegen dem hier entwickelten Ansatz) selbst auf der Grundlage des positivistischen Ansatzes Folter bzw. deren Androhung kategorisch ab, kommt dem positivistischen Ansatz aber eine entscheidende Bedeutung bei der **Einwilligung** des Grundrechtsträgers zu, vgl. dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 239.

zu demonstrieren, hat die Abwehr von Katastrophen, wie sie vorliegend diskutiert wird, nichts zu tun.⁶

Ein anderer Ansatz, der im angloamerikanischen Raum praktiziert wird, besteht darin, diejenigen, die sich ihrerseits außerhalb der Rechtsordnung stellen, auch den Schutz der Rechtsordnung insgesamt zu versagen, um sie auf diese Weise foltern und sie beliebigen Verhörmethoden unterwerfen zu können. Doch dieser Ansatz ist mit hiesigem Rechtsstaats- und Demokratieverständnis nicht vereinbar.

Davon unabhängig ist bei der rechtlichen Würdigung auch das in **Art. 104 I S. 2 GG** kodifizierte Misshandlungsverbot bei Freiheitsentziehung zu beachten. Diese Vorschrift ist ausweislich ihres eindeutigen Wortlauts keiner Abwägung mit dem Recht auf Leben zugänglich, auch wenn man berücksichtigt, dass Sinn und Zweck der Vorschrift darin bestehen, vor *elementaren* und *systematischen* Eingriffen in die physische und psychische Unversehrtheit von in der Freiheit beschränkten Personen zu schützen, und dieser Sinn und Zweck mit der vorliegend behandelten Konfliktsituation nichts zu tun hat. Geht man aber mit dem positivistischen Verständnis von der Menschenwürde davon aus, dass diese in extremen Konfliktsituationen der vorliegenden Art nicht verletzt sei, überwindet man die Vorschrift des Art. 104 I S. 2 GG, indem man sie für **nicht anwendbar** erklärt, wenn der Retter sich dem Normbefehl des Art. 104 I S. 2 GG widersetzt, um unmenschliches und unheilbares Leid zu verhindern. Zumindest aber ist sie **teleologisch zu reduzieren** mit dem Ergebnis, dass sie für Fälle der vorliegenden Art nicht verletzt wird.⁷

Schließlich ist auch das absolute Folterverbot des **Art. 3 EMRK** zu beachten. Die Menschenrechtskonvention wurde 1950 als multilateraler Vertrag im Rahmen des Europarats geschlossen und verfolgt den Zweck, auf dem Vertragsgebiet die Einhaltung der Menschenrechte zu gewährleisten. Zwar kommt ihr als völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 59 II GG (lediglich) der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu⁸, woraus folgt, dass die Grundrechte der EMRK in ihrem Rang *unterhalb* der Grundrechte des Grundgesetzes stehen. Allerdings ist es ständige Rechtsprechung des BVerfG, dass Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus sei bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg zu beachten.⁹ Stelle der EGMR einen Verstoß gegen die EMRK fest, sei – aus völkerrechtlicher Sicht – der verurteilte Staat zur Abhilfe bzw. ggf. zur Entschädigung verpflichtet.

Dieses Postulat hat das BVerfG zwar im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dessen Verletzung erfolgreich von Caroline von Monaco vor dem EGMR gerügt wurde, selbst wieder relativiert¹⁰ und entschieden, dass Urteile des EGMR aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtung von deutschen Behörden und Gerichten zwar „angemessen zu berücksichtigen“ und „schonend“ in die nationale Rechtsordnung einzupassen seien, jedoch **kein zwingendes Recht** darstellten und daher für deutsche Gerichte **nicht bindend** seien.¹¹ Allerdings hat nunmehr die *3. Kammer* des *1. Senats* des BVerfG¹² eine Entscheidung des *14. Senats* des OLG Naumburg, der einem Vater den Umgang mit seinem leiblichen Kind versagte, gerade mit dem Argument beanstandet, das OLG habe die Bindungswirkung der Urteile des EGMR missachtet.¹³

⁶ Das war schon die vom Verfasser im Februar-Beitrag vertretene Auffassung. Wie hier nun auch *Götz*, NJW **2005**, 953, 956.

⁷ Auch dieser vom Verfasser bereits im Februar-Beitrag vertretene Standpunkt wird nunmehr auch von anderer Seite (etwa von *Götz*, NJW **2005**, 953, 956) getragen.

⁸ BVerfG NJW **2004**, 3407 ff.; BVerfGE **74**, 358, 370.

⁹ Vgl. BVerfG NJW **2004**, 3407 ff.; BVerfGE **63**, 343, 33; **74**, 358, 370; **75**, 1, 19; **82**, 106, 115.

¹⁰ BVerfG NJW **2004**, 3407 ff. Vgl. auch *Lenskij*, NVwZ **2005**, 50 ff.

¹¹ BVerfG NJW **2004**, 3407, 3408 f.

¹² Beschl. v. 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04.

¹³ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 759.

Auf dem Boden des positivistischen Menschenwürdeverständnisses wird man aber auch Art. 3 EMRK mit den o.g. Argumenten für nicht anwendbar erklären müssen. Denn auch Art. 3 EMRK will (lediglich) die systematische Folter von Inhaftierten unterbinden, sodass Art. 3 EMRK im Rahmen der teleologischen Reduktion sog. „Rettungsfolter“ nicht erfasst.¹⁴

Ergebnis: Auf den vorliegenden Fall bezogen, ist die Drohung durch P auf dem Boden des naturalistischen Verständnisses von der Menschenwürde (jedenfalls wegen Verstoßes gegen Art. 104 I S. 2 GG) sowohl grundgesetz- als auch völkerrechtswidrig. Das gilt nach (noch) herrschendem Verständnis selbst dann, wenn durch die Folterandrohung ein großes kollektives Leid wie z.B. die Explosion einer (atomaren) Bombe verhindert werden kann. Schließt man sich diesem (m.E. überholten) Verständnis von der Menschenwürde an, ändert auch die aus **Art. 2 II S. 1 Var. 1 GG** (Recht auf Leben) resultierende Pflicht des Staates, sich **schützend und fördernd vor das Leben zu stellen**, insbesondere es vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu bewahren¹⁵, nichts an der Unzulässigkeit, durch Folterandrohung das Leben unzähliger Menschen zu retten.

Favorisiert man indes den vom Verfasser vertretenen positivistischen Ansatz, verstößt derjenige, der Folter anwendet oder zumindest androht, um unmenschliches und unheilbares Leid zu verhindern, weder gegen die Verfassung noch gegen die Menschenrechtskonvention. Denn in diesem Fall widersetzt sich der Retter doch gerade dem unmenschlichen Normbefehl, den die h.M. zwangsläufig den Art. 1 I GG und Art. 104 I S. 2 GG entnehmen muss, und der darin besteht, Rettungshandlungen, die allein durch Folter bzw. deren Androhung ermöglicht werden können, zu unterlassen.¹⁶

II. Rechtmäßigkeit der Drohung nach Strafrecht

Strafrechtlich liegt **keine** Strafbarkeit wegen **Aussageerpressung** vor. Zwar hat P den Tatbestand des § 343 I Nr. 1 objektiv erfüllt, ihm fehlte allerdings der diesbezügliche Vorsatz, da er den unmittelbaren Zwang nicht zum Zwecke der Strafverfolgung androhte, sondern zum Zwecke der Gefahrenabwehr (s.o.).

Möglicherweise liegt aber eine Strafbarkeit wegen **Nötigung** unter Missbrauch der Amtsbefugnisse vor (§ 240 I, IV S. 2 Nr. 3). Der Tatbestand des § 240 I liegt in objektiver und subjektiver Hinsicht vor. Fraglich ist, ob P ein Rechtfertigungsgrund zur Seite stand. Zunächst kommt die sog. **Notilferecht** aus § 32 in Betracht. Darunter ist Notwehr zugunsten eines Dritten zu verstehen.

Ein **rechtswidriger Angriff** (ggf. durch Unterlassen) ging von T aus; entweder stellt man sich auf den Standpunkt, dass der rechtswidrige Angriff noch andauert (dann Angriff durch positives Tun) oder man sagt, T habe zuvor einen Zustand geschaffen, dessen Beseitigung er nunmehr verhindere (dann Angriff durch Unterlassen). In jedem Fall wird man im Ergebnis einen rechtswidrigen Angriff annehmen müssen.

Die Abwehrhandlung des P müsste aber auch **erforderlich** gewesen sein. Erforderlich ist grundsätzlich jede Handlung, welche zu einer wirksamen Verteidigung beiträgt, eine möglichst sofortige Beendigung des Angriffs erwarten lässt und die endgültige Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet. Eine Güterabwägung findet grds. nicht statt („Das Recht muss dem Unrecht nicht weichen“). Stehen dem Notwehrübenden allerdings mehrere gleich wirksame Abwehrmittel zur Verfügung, muss er dasjenige wählen, das den geringsten Schaden verursacht (Vorrang des relativ mildesten Mittels).

Ob P – objektiv gesehen – mildere Gegenmittel zur Verfügung gestanden hätte und die zulässigen Ermittlungsmaßnahmen bei weitem noch nicht ausgeschöpft gewesen wären, ist zu bezweifeln.

¹⁴ Auch dieser Standpunkt wurde vom Verfasser bereits im Februar-Beitrag vertreten und wird nunmehr ebenfalls von anderen Stimmen (etwa von *Götz*, NJW **2005**, 953, 956) vertreten.

¹⁵ Grundlegend BVerfGE **39**, 1 ff. (1. Schwangerschaftsurteil).

¹⁶ Von dieser Wertung geht auch *Erb*, Jura **2005**, 24 ff., aus, allerdings aus rein strafrechtlicher Sicht.

Geht man daher davon aus, dass P kein anderes, gleich wirksames Mittel zur Verfügung stand, ist des Weiteren zu prüfen, ob die Nothilfehandlung geboten war. Denn obwohl eine Güterabwägung grds. nicht stattfindet, wird das Notwehrrecht nicht grenzenlos gewährleistet. Vielmehr muss die Verteidigungshandlung **geboten** sein. So wird dem Verteidiger das „schneidige“ Notwehrrecht insbesondere dann versagt, wenn er sich rechtsmissbräuchlich verhält – sozialetische Schranke des Notwehrrechts.

Vorliegend könnte die Gebotenheit deshalb zu verneinen sein, weil P Folter angedroht hat. Das den Fall Daschner entschiedene LG Frankfurt/M hielt die Schmerzandrohung deshalb nicht für geboten, weil es darin einen Verstoß gegen Art. 1 I GG, der die Würde des Menschen für unantastbar erklärt, sieht. Damit hat es eine sozialetische Einschränkung des Notwehr- bzw. Nothilferechts angenommen. Der Verfassungsgeber habe die Menschenwürde ganz bewusst an den Anfang der Verfassung gestellt und das Recht auf Leben dagegen erst in Art. 2 II GG normiert. Dies habe seinen Grund in der Geschichte dieses Staates. Den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates hätten die Gräueltaten des Nationalsozialismus noch deutlich vor Augen gestanden. Sie wollten mit der Fassung dieses Grundgesetzes einen Riegel vor jegliche Versuchung schieben. Der Mensch sollte nicht ein zweites Mal als Träger von Wissen behandelt werden können, das der Staat aus ihm herauspressen will. So sei auch zu erklären, dass Art. 1 I GG gem. Art. 79 III GG unabänderlich ist.

Diese Auffassung verkennt jedoch, dass es in der vorliegenden Diskussion gerade nicht um Folter geht, die von den Nationalsozialisten verübt wurde, sondern um die Abwendung eines großen Leids. Was wäre das zudem für ein Staat, in dem die Menschenwürde eines Täters Vorrang vor dem Leben Unschuldiger hätte?

Bejaht man demzufolge die Gebotenheit i.S.d. § 32 StGB, stehen dem – wie im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit nach öffentlichem Recht gesehen – auch nicht Art. 104 I S. 1 GG und Art. 3 EMRK entgegen.

Ergebnis: P hat sich nicht wegen Nötigung strafbar gemacht. Er konnte sich auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr in Form der Nothilfe berufen.