



Professor Dr. Winfried Brugger, LL.M., Heidelberg, Bundesverfassungsrichter a.D. Professor Dr. Dr. h.c. Dieter Grimm, LL.M., Berlin, Professor Dr. Bernhard Schlink, Berlin

„Darf der Staat foltern?“ – Eine Podiumsdiskussion

Professor Winfried Brugger, Heidelberg, bekam, Jahre nach seiner ersten Abhandlung zur Frage, ob der Staat ausnahmsweise foltern dürfe, die 1996 erschien, die Gelegenheit, seine Thesen öffentlich zu verteidigen: Im von Professor Dieter Grimm, Berlin, moderierten und von Humboldt Forum Recht in Zusammenarbeit mit dem Fachschaftsrat der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin organisierten Streitgespräch mit Professor Bernhard Schlink, Berlin.

Professor Brugger, der, von einem fiktiven, in einer Übungsklausur an der Universität Heidelberg gestellten Fall ausgehend, trotz des absoluten Folterverbots, eine Zulässigkeit von Folter, ja sogar eine derartige Pflicht der Polizei nach derzeitiger Gesetzeslage herleitet, begründet seine Haltung unter anderem mit der Verantwortlichkeit des Staates für die Erhaltung eines angemessenen Schutzniveaus und sieht seine Position von Kant gestützt.

Professor Schlink, der anerkennt, dass die Thematik sich mit Grenzfällen des Rechts befasst, sieht, neben seiner Kritik an der Methodik Professor Bruggers, angesichts solcher fiktiver Horrorszenarien dennoch keinen Grund zum Tabubruch.

S. 45

- HFR 4/2002 S. 1 -

1 Humboldt Universität zu Berlin, Audimax, 28.06.2001

2 **Grimm:**

Meine Damen und Herren, warum diskutieren wir hier eine Frage, bei der wir so gewiss sind wie selten, was wir wollen beziehungsweise was wir nicht wollen? Die Normalsituation ist ja die, dass wir uns einer Fülle von drängenden Fragen gegenüber sehen, manchmal Fragen von sehr großer Grundsätzlichkeit. Und wir haben die Situation der Ungewissheit, wie wir diese Fragen beantworten sollen. Wenn wir seit einigen Monaten die nicht abflauende Diskussion über Forschung an Embryonen, an Stammzellen, über Präimplantationsdiagnostik beobachten, haben wir es mit Unsicherheit zu tun. Warum wollen wir die relativ wenigen Gewissheiten, die wir noch haben, heute stören und warum wollen wir das tun bei einer Frage, von der wir sagen können, juristisch ist sie beinahe ausgetragen? Es gibt eine gewaltige herrschende Meinung, und wir betrachten die Art und Weise, wie die Frage gelöst ist, als Fortschritt. Ich denke, die Antwort ist die, dass wir immer wieder genötigt und aufgerufen sind, und die Wissenschaft bzw. die Universität ist der Ort, an der das geschehen soll, zu testen, ob die Gewissheit, die man glaubt zu haben, stand hält oder ob sie eine trügerische Gewissheit ist.

3 Das, denke ich, ist der Sinn einer solchen Diskussion: Ob es eine Gewissheit ist, die hält, oder ob es eine Gewissheit ist, die vielleicht in einer unerwarteten Situation zusammenbricht, in der man dann ohne Handlungskriterien dasteht, wenn die alten für sicher gehaltenen Handlungskriterien wegbrechen, wie das ja vor kurzer Zeit mit der Gewissheit, die wir lange Zeit gepflegt haben, gewesen ist, dass nichts den Einsatz kriegerischer Mittel rechtfertigen würde. Diese Gewissheit ist zusammengebrochen unter den Vorgängen in Jugoslawien und unter den Genoziden, die wir in anderen Teilen der Welt erlebt haben. Und da wir unvorbereitet auf diese Situation waren, standen wir relativ kriterienlos da. Die Gewissheit ist in dieser Frage immer noch nicht wieder erlangt worden, und es gibt ein großes Schwanken zwischen der alten Position und einer Position, die dem anderen Pol entgegen eilt und beinahe bereit ist, auf jeden Men-

schenrechtsverstoß mit dem Einsatz kriegerischer Mittel zu antworten. Also, es kommt darauf an, solche Gewissheiten immer wieder zu testen und sie eventuell in Frage zu stellen und je nach dem Ergebnis auch zu bekräftigen, sie aber dann sozusagen auf einer höheren Stufe der Reflexion zu bekräftigen. Darin sehe ich den Sinn der heutigen Debatte und deswegen finde ich, für einen solchen Tag wie den Juratag ist es ein sehr passendes und gutes Thema.

- 4 Unsere beiden Diskutanten sind zunächst der Gast, Herr Brugger, Professor in Heidelberg, dann der Lokalmatador, wenn ich in Sport-Termini sprechen darf, Herr Professor Schlink von unserer Universität. Beide Professoren des öffentlichen Rechts, beide Professoren mit einem Schwerpunkt im Verfassungsrecht, aber auch beide Professoren mit einem Horizont, der deutlich über dieses Gebiet im engeren Sinne hinausreicht. Beide haben viel Zeit in den USA verbracht und tun das regelmäßig immer noch, das heißt, sie haben auch den Vorteil, zwei Rechtsordnungen zu kennen und nicht nur die eigene. Und beide haben sich sehr hervorgetan im Bereich der Philosophie und der Rechtsphilosophie, auch das qualifiziert sie für diese Diskussion. Bei Herrn Schlink, das wissen die meisten, kommen noch die praktischen Erfahrungen als Landesverfassungsrichter dazu. Es kommt auch seine Position als Schriftsteller dazu, und in dieser Position sind ihm ja Grenzsituationen nicht ganz fremd. Bücher und Schriften will ich nicht mehr erwähnen, weil unser Interesse heute dem Thema Folter gilt. Und Herr Brugger ist der Erste, der das Wort bekommt.

S. 46

- HFR 4/2002 S. 2 -

5 **Brugger:**

Meine Damen und Herren, was bringt einen deutschen Rechtswissenschaftler dazu, über Folter zu schreiben und bei bestimmten Fallkonstellationen für die Zulässigkeit von Folter einzutreten?

- 6 Da denkt doch jeder, es muss sich entweder um einen bösen Menschen oder um einen ahnungslosen Menschen oder um jemanden mit dem sprichwörtlichen "kranken Professorengehirn" handeln. Ich möchte Sie bitten, mit Ihrem Urteil abzuwarten, bis wir unsere Diskussion abgeschlossen haben, und Ihnen zunächst erklären, wie ich zu dem Thema Folter kam.
- 7 1992, also vor nun fast zehn Jahren, hat der bekannte Bielefelder Soziologe und Systemtheoretiker Niklas Luhmann in Heidelberg einen Vortrag über die Frage gehalten, ob es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen gibt. Der inzwischen publizierte Vortrag begann mit folgenden Worten, und ich zitiere Luhmann: "Zur Einstimmung in das Thema ... mag nach gutem Juristenbrauch die Vorgabe eines Falles dienen. Stellen Sie sich vor, Sie seien ein höherer Polizeioffizier. In Ihrem Lande - und das könnte in nicht zu ferner Zukunft auch Deutschland sein - gäbe es viele linke und rechte Terroristen, jeden Tage Morde, Brandanschläge, Tötung und zahlreiche Schäden für Unbeteiligte. Sie hätten den Führer einer solchen Gruppe gefangen. Sie könnten, wenn sie ihn folterten, vermutlich das Leben vieler Menschen retten - zehn, hundert, tausend ... Würden Sie es tun? In Deutschland scheint die Sache einfach zu sein. Man sieht im Grundgesetz nach, in Artikel 1 (Menschenwürde) ist keine Ausnahme vorgesehen." [Zitat aus N. Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1993, S. 1] So fing Luhmann an.
- 8 Am Ende des Vortrags bedenkt Luhmann folgende Alternative, und jetzt kommt wieder ein Luhmann-Zitat: "Man könnte deshalb ... an [folgende] juristische Lösung denken - ungeachtet aller legalistischen Bedenken aufgrund von Artikel 1 Grundgesetz. Etwa: Zulassung von Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung der Szene in Genf und Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung ... Insgesamt keine besonders befriedigende Lösung. Aber es befriedigt ja auch nicht, wenn man gar nichts tut und Unschuldige dem Fanatismus der Terroristen opfert." [AaO, S. 27]
- 9 Die Ironie in diesen Worten Luhmanns ist nicht zu überhören. Aber es ist die Art von Ironie, die man sich nur leisten kann, wenn der Fall noch weit weg ist und man noch

nicht mit konkreten Menschen, Tätern und Opfern, zu tun hat. Der Jurist aber sollte sich solchen konkreten Fällen stellen und sie richtig lösen, denn letztendlich hat sich das Recht in jedem konkreten Fall zu bewähren. Luhmanns Fall hat mich sehr beschäftigt. Wie sind solche Fälle zu lösen? Ich beschloss zunächst, im Heidelberger Klausurenkurs einen passenden Fall zu stellen und 200 Examenkandidaten den Fall für mich lösen zu lassen. Das ging leider nicht ohne Anfertigung einer sogenannten Musterlösung ab, die ich den Korrekturassistenten an die Hand zu geben hatte. Ich trage Ihnen kurz diesen Fall vor, den ich in Form eines Blattes auch verteilt habe, das jeder in der Hand haben sollte, und schildere Ihnen dann ganz abgekürzt die juristische Lösung des Falles. Das heißt, ich muss genauer sagen, es sind eigentlich zwei unterschiedliche, unverträgliche Lösungen.

S. 47

- HFR 4/2002 S. 3 -

- 10 Der Fall: 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 eine Evakuierung der Stadt nicht möglich erscheint, nur noch ein einziges Mittel der Gefahrbeseitigung, nämlich das "Herausholen" des Verstecks der Bombe aus dem Erpresser, notfalls mit Einsatz von Gewalt. Darf sie das?
- 11 Ich schildere Ihnen zunächst kurz die Lösung nach der herrschenden Meinung. Wir müssen zunächst eine Pflicht des Erpressers suchen, zu offenbaren, wo die Bombe liegt. Der Erpresser ist zweifellos Handlungstörer. Wir könnten nun entweder in einer Spezialnorm eine solche Pflicht zur Aussage finden, das ist zum Beispiel in Baden-Württemberg der Fall, in den Paragraphen 20 und 27 Polizeigesetz, oder notfalls eine solche Pflicht zur Aussage über eine Generalklausel erschließen. Das wäre etwa in Berlin der Fall, in den Paragraphen 1, 4, 13 und 17 Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz. Aber der Terrorist will die Anordnung ja nicht befolgen. Deshalb muss man zur Durchsetzung des Grundverwaltungsaktes zu Vollstreckungsmaßnahmen übergehen. Aber die üblicherweise und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gebotenen Zwangsmittel Zwangsgeld, Zwangshaft und Ersatzvornahme taugen nicht. Es bleibt als einziges der typischen Mittel der unmittelbare Zwang übrig, den auch alle Polizeigesetze vorsehen und der gemäß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit angewandt werden kann. Ja, wenn da nicht was wäre? Wenn da nicht zum Beispiel in Baden-Württemberg in Paragraph 35 Polizeigesetz explizit gesagt würde, und ich zitiere: "Die Polizei darf bei Vernehmungen zur Herbeiführung einer Aussage keinen Zwang anwenden." In Berlin steht Ähnliches in den Paragraphen 18 Absatz 6 und 32. Als Jurist schaut man nach möglichen Ausnahmen, weil die Situation ja eine ganz dramatische und existenzielle ist. Aber die Ausnahme findet sich nicht. Dann überlegt man, wie sieht es im Verfassungsrecht aus? Der Blick wendet sich hinein ins Grundgesetz, und man findet als *lex specialis* Artikel 104 Absatz 1 Satz 2. Dort steht: "Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden." Das ist eine Spezialausformung der Menschenwürde, die nach Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz sagt: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Die Menschenwürde des gefassten Terroristen würde eben nicht geachtet und nicht respektiert, wenn man seinen Willen brechen und ihn zwingen würde, das Versteck der Bombe zu verraten. Auch diese beiden Vorschriften im Grundgesetz, Artikel 104 Absatz 1 Satz 2 und 1 Absatz 1, sind schrankenlos, also eine Bestätigung dessen, was das Polizeirecht schon angeordnet hat. Dann sind wir ja inzwischen kein abgeschlossener Nationalstaat mehr, sondern eingebunden in vielfältige supranationale Beziehungen. Unter anderem in die Europäische Menschenrechtskonvention.

Also schauen wir sicherheitshalber nach, was diese zu unserem Problem zu sagen hat. Auch dort finden wir etwas, das der Sache nach dem Artikel 104 Absatz 1 Satz 2 Grundgesetz entspricht, nämlich den Artikel 3 EMRK: "Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden." Ist dies ein absolutes Recht? Es ist ein absolutes Recht, wie sich aus Artikel 15 ergibt. Dieses Recht ist sogar notstandsfest. Reden wir überhaupt von Folter, nicht nur in einem umgangssprachlichen, sondern auch rechtstechnischen Sinn? Ganz klar, das tun wir. Denn nach Artikel 1 der UN-Folterverbotskonvention [Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984] ist es Folter, wenn Staatsbeamte, also Vertreter der öffentlichen Gewalt, mit Zwang jemanden zu einer Aussage bringen. Sie sehen, der Fall ist relativ schnell gelöst, wenn man der herrschenden Meinung und dem klaren Gesetzeswortlaut folgt. Und wenn Sie mit dem Ergebnis zufrieden sind, dann ist nicht nur die Klausur für die Jurastudenten zu Ende, dann ist eben auch in unserer Diskussion der Fall zu Ende.

S. 48

- HFR 4/2002 S. 4 -

- 12 Aber mein Gefühl war, das kann nicht richtig sein, und das war auch das Gefühl von etwa zwei Dritteln dieser 200 Heidelberger Examensstudenten. Diese bemühten sich darum, nun vielleicht doch noch irgend etwas zu finden, wie man um dieses aus ihrer Sicht ungerechte Ergebnis herumkommt. Später haben sie zu mir gesagt, ihr primäres Gefühl sei gewesen, das kann doch wohl nicht wahr sein und man müsse etwas tun. Aber was? Wir als Juristen wissen natürlich, dass die moralische Empörung für sich genommen noch kein Rechtsargument ist, sondern die moralische Empörung kann eigentlich nur dazu dienen, dass man dann im Recht alternative Rechtsargumente sucht und vielleicht findet. Eine solche Suche ist auch nicht ausgeschlossen, das kann man kunstgerecht tun. Wir haben zwar methodisch keine Formulierungslücke im Recht, das heißt, die Rechtsordnung gibt auf unsere Frage - Darf man foltern? - ein klare Antwort: Nein, in keinem Falle! Es liegt also keine Formulierungslücke vor. Aber es gibt eine zweite Art von Lücke, die ganz anders geartet ist. Die heißt Wertungslücke in der Methodenlehre, aber eigentlich ist es keine Lücke, sondern ein Wertungswiderspruch. Darunter fallen Situationen, in denen die Rechtsordnung in verschiedenen Rechtsnormen unterschiedliche Signale sendet: Die einen Signale sagen grün, die anderen Signale sagen rot. In unserem Fall sagt die herrschende Meinung: Signal rot. Und zwar dunkelrot. Es darf nie gefoltert werden. Und wo sind nun die Signale grün für die Prüfung der Frage, ob die Rechtsordnung vielleicht ausnahmsweise doch erlaubt zu foltern?
- 13 Unser Blick wendet sich noch einmal hinein in die Rechtsordnung. Und zwar in die drei Ebenen Polizeirecht, Verfassungsrecht und Europäische Menschenrechtskonvention. Ich schildere Ihnen jetzt eine alternative Lösung des Falles. Ich habe Ihnen schon gesagt, alle Polizeigesetze schließen Zwang bei Vernehmungen von Inhaftierten oder in Verwahrung genommenen Personen aus. Wenn man dieses klare und absolute Verbot in unserem Fall überwinden will, dann muss man in dem, was die Vorschriften zum unmittelbaren Zwang an Möglichkeiten des Eingriffs bieten, suchen und überlegen, ob sich dort etwas findet, das zum Beispiel analogiefähig wäre. Folter ist natürlich der schlimmste Eingriff, den man sich vorstellen kann. Wenn man also eine Analogie zu einer anderen Vorschrift des unmittelbaren Zwangs finden will, dann müsste das die Vorschrift sein, die auch am engsten gefasst ist, weil sie den intensivsten Eingriff vorsieht. Das wäre der finale Rettungsschuss in Baden- Württemberg [vgl. Paragraph 54 Polizeigesetz Baden-Württemberg]. In einigen Ländern ist er nicht oder nicht mehr geregelt, aus Gründen, über die man auch reden könnte. Denn es wird natürlich in solchen Situationen immer noch geschossen, aber in Baden-Württemberg ist der finale Todesschuss geregelt. Er ist erlaubt zur Rettung einer Geisel, wenn denn kein anderes Mittel möglich ist, wenn er also - jetzt kommen die Tatbestandsvoraussetzungen - das einzige Mittel zur Abwendung einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist. Man kann diese Vorschrift tatbestandsmäßig als Analogiebasis nehmen, die Rechtsfolge ist aber eine andere. Beim finalen Todesschuss ist es der tödliche Schuss. Man kann die

Brechung des Willens durch Aussagenerpressung nun nicht als Minus ansehen, weil sie die Menschenwürde berührt. Bei der Brechung des Willens wird von dem Genötigten etwas Positives verlangt, nämlich etwas preiszugeben, während beim Todesschuss der Terrorist den Schuss "nur" hinnehmen muss. Das ist ein faktischer Unterschied, der auch rechtlich relevant ist. Deshalb kann man das nicht als Minus zum Todesschuss ansehen, aber man kann eine Analogie bilden, indem man die Tatbestandsseite des finalen Todesschusses nimmt und auf der Rechtsfolgenseite statt Todesschuss analog Aussagenerpressung ansetzt. Eine solche Analogie ist auch möglich als Gesamtanalogie zu den Vorschriften, die für den unmittelbaren Zwang vorgesehen sind, denn es gibt zwei Maximen des Polizeirechts, die Sie in allen Polizeirechts-Lehrbüchern finden: Die erste ist der Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr. Gefahrenabwehr muss effektiv sein. Das sehen sie daran, dass die Polizeigesetze in Notfällen sogar Unbeteiligte verpflichten, umso mehr muss man natürlich zur effektiven Gefahrenabwehr dann den Handlungsstörer in die Pflicht nehmen können. Die zweite Maxime ist, dass das Polizeirecht als Präventionsrecht gegen drohende Rechtsverstöße von der allgemeinen Maxime getragen wird, dass der Rechtsbrecher in die Grenzen des Rechts zurückgedrängt werden darf. Wenn Sie das sehen, dann haben wir genügend an Analogiebasis in Form einer Rechtsanalogie, um im Rahmen der Gesamtvorschriften zum unmittelbaren Zwang oder auch für manche Länder, die das haben, in Verbindung mit den Vorschriften über den finalen Rettungsschuss, folgendes zu sagen: Man kann für die Sachverhaltsgestaltung, die ich hier geschildert habe, eine Ausnahme zu dem absoluten Verbot des Paragraphen 35 Polizeigesetz, also dieses absoluten Verbotes der Aussagenerpressung, formulieren. Das wäre methodologisch eine restriktive Interpretation des absoluten Verbots der Aussagenerpressung in der entsprechenden Polizeirechtsnorm.

- 14 Wenn das stimmt, dann muss man natürlich jetzt wieder ins Verfassungsrecht hineinschauen und überlegen, ob sich das denn auch verfassungsrechtlich vertreten lässt. Wir schauen jetzt auf Artikel 2 Absatz 2 Grundgesetz, Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit. Das gilt natürlich auch für die Opfer, die hier Bedrohten. Und sie wissen ja, dass die Grundrechte nicht nur negative Abwehrrechte sind, sondern auch eine positive Schutzfunktion haben. Im Grundrechte-Lehrbuch von Herrn Pieroth und Herrn Schlink ist das ja sehr schön dargelegt. [Pieroth/Schlink, Grundrechte- Staatsrecht II, 17. Auflage 2001, § 4] Man bekommt hier über diese Schutzdimension verfassungsrechtlich das bestätigt, was wir polizeirechtlich alternativ gerade entwickelt haben. Der Blick in Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz, der den absoluten Schutz der Menschenwürde regelt, ergibt nichts anderes, denn Artikel 1 Absatz 1 sagt, die Menschenwürde ist absolut zu respektieren und zu schützen. Das heißt bezogen auf unsere Fallkonstellation: Der Erpresser und Terrorist stützt sich auf den Anspruch auf absolute Achtung der Menschenwürde, und die Opfer, die Unschuldigen, stützen sich auf den Anspruch auf absoluten Schutz der Menschenwürde. Wir haben also in unserer Fallgestaltung einen Konflikt von Leben gegen Leben und Würde gegen Würde. In einem solchen Fall muss der Gesamtanspruch der Rechtsordnung Vorrang haben, und der Gesamtanspruch der Rechtsordnung ist, dass das Recht die Opfer schützen und die Täter in die Schranken des Rechts verweisen muss. Die Alternativlösung läßt sich also auch verfassungsrechtlich vertreten.
- 15 Aber wie sieht es mit der Europäischen Menschenrechtskonvention aus? Niemand darf der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Das ist die Botschaft des Artikel 3, den wir vorhin schon diskutiert haben. Aber in dieser Konvention gibt es auch den Artikel 2 Absatz 2. Dort geht es um das Recht auf Leben. Absatz 1 sagt: Durch staatliche Gewalt darf das Recht auf Leben nicht verletzt werden, die Menschen dürfen nicht getötet werden. Aber jetzt kommt Absatz 2. Und dort heißt es, die Tötung eines Menschen wird nicht als Verletzung dieses Artikels angesehen, falls sie unabweisbar notwendig ist, um jemanden gegen rechtswidrige Gewalt eines Dritten, also eines Privaten, zu verteidigen. Die Polizeirechtsvorschriften, die implizit oder explizit den finalen Rettungsschuss zulassen, sind gestützt auf diesen Artikel 2 Absatz 2 EMRK. Der lässt das zu. Nun stellt sich wieder methodologisch die Frage, wie steht dieser Artikel 2 Absatz 2 zu dem doch klar und absolut die Folter verbietenden Artikel 3? Geht nicht Artikel 3 als *lex specialis* dem Artikel

2 Absatz 2 vor? Ja und nein. Ja insofern, als der Artikel 3 ein spezifisches Mittel absolut verbietet: Aussagenerpressung und Folter. Aber er tut dies situationsabstrahiert. Der Artikel 3 schaut gar nicht auf die konkrete Situation, wer da warum was gegen wen tut. Insoweit ist Artikel 2 Absatz 2, den ich gerade vorgelesen habe, weit spezieller, also *lex specialis*. Der Artikel 2 Absatz 2 erlaubt nämlich die Unterscheidung zwischen hinzunehmendem rechtmäßigem Eingriff und rechtswidrigem Angriff von Seiten Dritter, gegen den der Staat etwas tun darf und aus Schutzgründen auch tun muss, während der gleiche Artikel 2 Absatz 2 in bezug auf das Mittel unspezifisch ist. Das heißt in bezug auf die Typik der beiden Normen: Wir haben zwei unterschiedliche *leges speciales* vor uns - Artikel 3, Verbot der Folter, ist *lex specialis* in bezug auf das Mittel, Artikel 2 Absatz 2 ist *lex specialis* in bezug auf die Situation, den rechtswidrigen Angriff, den der Staat zugunsten der Opfer unterbinden darf. Wenn das so ist, dann haben wir auch hier, innerhalb der EMRK, einen internen Normenkonflikt: ein grünes Licht und ein rotes Licht. Auch hier muss dann das gelten, was ich vorhin schon für die Polizeirechtsebene und das Verfassungsrecht dargelegt habe, dass nämlich in einem solchen Fall der Gesamtanspruch der Rechtsordnung, hier der EMRK, den Vorrang erhalten muß: Das Recht muss sich auf die Seite der Opfer und nicht der Täter stellen. Teleologisch stellt sich das wieder als restriktive Interpretation des Artikel 3 durch den Artikel 2 Absatz 2 dar, für Fallgestaltungen, die der Typik meines Ausgangsfallles entsprechen.

S. 49

- HFR 4/2002 S. 5 -

- 16 Eigentlich könnte ich jetzt Schluss machen, denn was ich bisher gesagt habe, widerspricht der herrschenden Meinung. Ist es für den Staat ausnahmsweise, nämlich in den so geschilderten Sachverhaltskonstellationen, möglich, das Folterverbot einzuschränken? Ja. Ich will jetzt aber ganz kurz zwei Weiterungen vornehmen. Es geht um die Anwendung der herrschenden Verwaltungs- und Staatsrechtsdogmatik, aber nur für den Fall, dass Sie den Fall nicht schon mit der herrschenden Meinung gelöst haben. Also nur wenn Sie sagen, der Staat darf grundsätzlich in diesen Fallkonstellationen das Folterverbot relativieren, dann gibt es noch zwei weitere Folgerungen. Die habe ich nicht erfunden, sondern das ist schlichte Anwendung herrschender öffentlichrechtlicher Dogmatik.
- 17 Die erste Weiterung ist die folgende: Wenn der Staat in einem solchen Fall Aussagenerpressung anwenden darf, muss er es auch? Besteht eine Pflicht zur Anwendung von Folter? Ja, das kann man befürworten, und zwar mit folgendem Argument: Die Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte, sondern in bestimmten Fallkonstellationen auch Schutzrechte. Die Art und Weise, wie Schutz durch den Staat gewährt wird, steht im Ermessen des Gesetzgebers, muss legislativ bestimmt und gesichert werden. Aber engere verfassungsrechtliche Grenzen, nämlich in Form der Minderung des legislativen Ermessens, bestehen dann, falls es erstens um Lebensschutz geht, zweitens irreparabler Schaden droht, und drittens die Schadensabwehr nicht autonom regulierbar ist. So steht es im Grundrechte- Lehrbuch von Pieroth und Schlink. [AaO, Randnummer 92] Für diese Sicht der Dinge kann man auch den Abtreibungs-Fall und den Schleyer-Fall des Bundesverfassungsgerichts zitieren. Auch dort ist die Rede davon, dass effektiver Lebensschutz durch den Staat gewährt werden muss, wenn starke Bedrohungen von Seiten Dritter existieren. In der Regel gilt dann für die Polizei das Opportunitätsprinzip, und das hat im Schleyer-Fall konkret durchgeschlagen. Aber in dieser Entscheidung, in der Schleyer-Entscheidung, findet sich auch folgender Satz des Bundesverfassungsgerichts, und ich lese das wörtlich vor: "[Die polizeiliche] 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." [BVerfGE 46, 160, 164 f.] Also Reduzierung des Ermessens auf Null, das kennen Sie ja alle aus dem Polizeirecht, und ich glaube, dass wir so, wie der Fall bei mir liegt, genau eine solche Konstellation einer Ermessensreduzierung auf Null haben. Das heißt also: Wenn man der deutschen öffentlich- rechtlichen Dogmatik glauben darf, dann müsste die Polizei hier foltern.
- 18 Und jetzt geht es noch einen Schritt weiter. Wenn der Staat, wie in diesem Fall, foltern muss, haben dann die bedrohten Bürger einen Anspruch darauf, dass die Polizei ein-

schreitet? Das klingt ganz abstrus und in den Augen vieler sicherlich ganz schrecklich, aber wenn ich einfach mal Verfassungsgerichtspositivismus oder Verfassungsrechtslehrbuchpositivismus betreibe, dann muss ich natürlich jetzt auf die Schutznormtheorie zu sprechen kommen. Die Schutznormtheorie spezifiziert die Voraussetzungen, unter denen eine Pflicht zum Handeln eines staatlichen Organs zu einem subjektiven Anspruch der Bürger erstarkt. Das sind drei Voraussetzungen. Es muss sich erstens um die Pflicht zu einem bestimmten Handeln handeln. Zweitens muss das Handeln die Bürger auch subjektiv begünstigen wollen. Und drittens muss es sich um einen überschaubaren, identifizierbaren, aber nicht unbedingt kleinen Personenkreis handeln. Wenn Sie diese drei Voraussetzungen nehmen, dann ist die Lösung für unseren Fall, wenn ich jetzt mal Positivist spiele, ganz klar: Wir haben eine klar bestimmte Pflicht, nämlich Ermessensreduzierung auf Null, wir haben etwas, das die Bürger begünstigen soll, nämlich in ihrem Lebensschutz stärken soll, und drittens haben wir einen überschaubaren Personenkreis. Das Ergebnis ist also nach der von mir dargelegten Alternativsicht, so erstaunlich das klingen mag, dass die Polizei nicht nur ausnahmsweise in diesem Fall foltern darf, sie muss es sogar in der geschilderten Sachverhaltskonstellation, und die betroffenen Bürger haben einen Anspruch darauf. Dies gilt, ich sage es noch einmal, nur, falls man überhaupt eine Ausnahme im Folterverbot zulässt. Viele wollen das vielleicht nicht, aber wenn Sie die Ausnahme zulassen, dann gilt der Rest sozusagen von selbst, wenn man die herrschende Dogmatik anwendet.

- 19 Was soll man von dieser Sache halten? Herrn Schlinks Kritik wird nun sicher gleich folgen. Diese findet sich ja in einer kurzen Andeutung auch im Grundrechte-Lehrbuch von Pieroth und Schlink, denn ein meinem Fall vergleichbarer Fall ist dort Ausgangsfall zum § 7, der es mit der Menschenwürde zu tun hat, und Herr Schlink löst den Fall dann anders, als ich ihn gelöst habe, nämlich mit der herrschenden Meinung. Aber immerhin wird dann Brugger zitiert, mit "a.A.". Das heißt in diesem Fall, schätze ich, nicht nur "andere Ansicht", sondern auch "außergewöhnlich abwegig". Ich selbst sehe, das sollte durch meine Bemerkungen klar werden, in der Alternativlösung eine aus Gründen der Gerechtigkeit und der Bewahrung unseres Rechtssystems notwendige Korrektur des Gesetzeswortlauts. Im Grunde geht es mir, auch wenn Sie das erstaunen mag, um eine Stärkung des Folterverbots für bislang nicht angemessen bedachte Ausnahmesituationen. So wie das Folterverbot jetzt formuliert ist, ist es Ausdruck einer Schönwetter-Jurisprudenz, die gegen Sturm und Blitz nicht gewappnet ist. Ein Rechtssystem muss sich auch in schweren Zeiten bewähren, sonst kann man es nicht bewahren. Danke schön.

S. 50

- HFR 4/2002 S. 6 -

- 20 **Grimm:**

Für die Juristen im Saal, und ich nehme an, das ist die Mehrheit, ist das eine im Prinzip vertraute Art und Weise, mit solch einem Problem umzugehen. Für die Nichtjuristen, und ich nehme an, da wird es auch den einen oder anderen geben, ist es ein schönes Beispiel, in dem man sieht, wie gesellschaftliche Großprobleme juristisch kleingearbeitet werden können. Sehen wir, was Herr Schlink dazu sagt.

- 21 **Schlink:**

Wir Juristen sind nicht kleinlich, wenn es um Fälle geht. Was wir an Fällen lösen und was wir an Fällen stellen und was die Fälle mit der Wirklichkeit zu tun haben - so genau nehmen wir's oft nicht. Denn oft sind die Fälle nur Spielmaterial. Herrn Bruggers Beispiel soll dagegen eine gewichtige These tragen.

- 22 Lassen Sie mich also als erstes Herrn Bruggers Beispiel anschauen. Warum sollte der Erpresser eigentlich eine echte Bombe platziert haben, wenn es, auch ohne dass jemand die Bombe je zu Gesicht bekommt, zur Geldübergabe kommt? Um dann, wenn er festgenommen wird, damit drohen zu können? Aber drohen könnte er auch mit einer nicht existenten Bombe, wie er mit einer nicht existenten Bombe hätte erpressen können. Um dann, wenn man ihn nicht wieder laufen lässt, die Stadt dafür zu strafen und sich zu rächen? Was sollte er davon haben? Zumal er dann doch wohl mit der Stadt

qualvoll zugrunde gehen würde. Oder ist er ein so strategischer Kopf, dass er sich überlegt, wenn die Stadt qualvoll zugrunde geht und wenn ich selbst qualvoll zugrunde gehe, dann werden jedenfalls meine Kampfgenossen, die ja im Beispiel vorkommen, bei künftigen Erpressungen einen solchen Nachdruck haben, dass dann jedenfalls in ihrem Sinn gehandelt wird? Und ein so strategischer Kopf lässt nicht mit sich handeln? Lässt sich nicht darauf ein, daß nicht alle Kampfgenossen freigelassen, aber zwei, dass nicht gleich zehn Politiker mit auf den Flug genommen werden, aber zehn Bürger, die sich freiwillig melden, und die sich, was für ein Medienereignis, auch gerne freiwillig melden werden. Also, Herr Brugger, als Erstes, glaube ich Ihnen Ihr Beispiel nicht. Und nicht umsonst ist es so oder so ähnlich auch nicht passiert. Die Wirklichkeit ist vernünftiger als Ihre Phantasie.

- 23 Aber gut, auch wenn es ganz unvernünftig und ganz unwahrscheinlich sein sollte - Sie werden von mir wissen wollen, wie es damit steht. Wirklich? Wollen wir uns wirklich auf alle unvernünftigen und unwahrscheinlichen Beispiele einlassen? Wollen wir uns vorstellen, es gäbe Hannibal Lector, die Bestie in Menschengestalt wirklich, die das Quälen und Morden nicht lassen kann und aus jedem Gefängnis ausbricht? Wollen wir uns dann fragen, ob wir ihn nicht zum Schutz der Gesellschaft umbringen müssen, Todesstrafeverbot hin, Todesstrafeverbot her? Wollen wir anfangen, uns alle möglichen irrealen Beispiele vorzustellen, z. B. wie es wäre, wenn die menschlichen Rassen tatsächlich verschieden wären, wenn sie verschiedene Fähigkeiten hätten, wenn manche gefährlich würden und wie wir dann mit ihnen umgehen würden? Irreale Beispiele führen zu Diskussionen über Irreales. Und die Relationen verschieben sich. Für die Rettung einer ganzen Stadt ein bisschen foltern - und wenn es um die Rettung der ganzen Menschheit geht, welches Rechtsprinzip sollen wir dann denn noch hochhalten? Warum statt des irrealen Beispiels nicht ein reales? Wäre das nicht aktueller, interessanter, ehrlicher? Denn wir wissen doch, dass die Welt des Rechts eine Welt der Generalisierungen ist. Und dass die Generalisierungen, die wir für die erdachten Fälle bilden, sich an den wirklichen Fällen zu bewähren haben. Also wie steht es mit der Folter im Fall Hinze, den Sie in Ihrem JA-Aufsatz angesprochen haben? Jemand wird entführt, wird im Erdloch vergraben, die Angehörigen werden erpresst und die Polizei fasst die Täter. Die Täter geben das Versteck nicht preis. Darf sie, muss sie foltern? Ja, sagt Herr Brugger, und die Angehörigen haben sogar einen Anspruch darauf, dass gefoltert wird. Weil die Logik, auf die sich Herr Brugger einlässt, die Logik des Polizeirechts ist, und wie er ausdrücklich schreibt, maßgeblich die ex-ante Sicht des Polizeibeamten ist, sind wir, die älteren Semester unter Ihnen wissen es, im Bereich von Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht. Gefoltert wird also auch dann, wenn die Polizei nicht die wirklichen Täter fasst, sondern Personen, die sie zu Unrecht, aber in vertretbarer Weise für die wirklichen hält. Und bei Gefahrverdacht darf die Polizei foltern um herauszufinden, wer die Täter sind. Und wenn wir nun schon in der realen statt der irrealen Welt des Rechts sind - die Folter müsste doch wohl wegen der Wesentlichkeitslehre im Gesetz geregelt sein. Es bedürfte der Anordnung durch einen Polizeibeamten mit Befähigung zum Richteramt. Die Durchführung müsste durch besonders geschulte Polizeibeamte vorgenommen werden. Es müsste ein Arzt dabei sein und für den Fall des Ablebens ein Geistlicher.
- 24 Ginge es juristisch so auf? Das Grundgesetz, das Bundesverfassungsgericht und die Lehre unterscheiden zwischen Menschenwürde und Leben und Menschenwürdeschutz und Lebensschutz. Nicht jede Lebensbedrohung, auch nicht jede Bedrohung durch einen qualvollen Tod ist schon eine Menschenwürdebedrohung. Herr Brugger hat die tödliche Bedrohung mit der Menschenwürdebedrohung identifiziert. Auch darum geht seine Überlegung juristisch nicht auf.
- 25 Aber ich will mich Herrn Bruggers irrealem Beispiel nicht verweigern. Was soll geschehen? Stellen wir uns vor, der Terrorist oder Erpresser ist so intelligent, dass er einen teuflischen Plan ersonnen hat, so pathologisch bösartig, dass er sich auf strategische und taktische Deals nicht einlässt, so glaubhaft, dass ihm seine Drohung abgenommen wird, und die Drohung ist wirklich so furchtbar, dass die Polizeibeamten erschrecken, wie Kollege Brugger uns in seinem Beispiel erschrecken lassen will. Was dann? Soll

dann, was eigentlich undenkbar ist, was mit dem gewachsenen Konsens, der gewachsenen Tradition zur Menschenwürde bricht, was in der Tat ein Tabubruch ist, geschehen?

- 26 Ich meine, es ist eine Frage an der Grenze des Rechts. Es gibt sie zahlreich, die Fragen an der Grenze des Rechts. Der Justizminister, der den Anwälten den Kontakt mit den Terroristen verweigert hat, obwohl es das Kontaktsperregesetz noch nicht gab. Die Polizeibeamten, die tödlich und gezielt geschossen haben, obwohl es die Regelung zum polizeilichen Todesschuss noch nicht gab. Der Staatsanwalt, der einen Fall klärt, weil er sich Informationen beschafft, die er, wenn datenschutzrechtlich alles mit rechten Dingen zuginge, sich nicht beschaffen könnte. Der Spion, der jemanden umbringt, weil es um die Rettung des Landes geht. Der Offizier, der einen Befehl verweigert und dadurch die Schlacht gewinnt. Natürlich gibt es Situationen, in denen Gutes durch den Bruch des Rechts bewirkt wird. Ich bin auch sicher, dass Polizisten manchmal gröber hinlängen als sie dürfen, und dass dies manchmal auch zu positiven Resultaten führt. Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungserfolge mögen gelegentlich rechtswidrig zustandekommen. Aber werden sie dadurch rechtmäßig? Das Handeln bleibt rechtswidrig und ist zu verantworten. Man mag den Polizeibeamten, der Bruggers Erpresser prügelt, bis er das Versteck rauskriegt, begnadigen. Aber doch nicht deswegen die ganze Rechtsordnung umkrepeln und das Tabu der Folter brechen!
- 27 Ich vermute, Kollege Brugger wird damit, dass rechtswidrig bleibt, was in seinem Beispiel doch so wichtig und rettend und schützend ist, nicht zufrieden sein. Aber die Welt geht juristisch nicht immer auf. Es gibt die Konflikte zwischen dem Recht und der Moral, auch zwischen dem Recht und dem Nützlichen, dem Ökonomischen, dem Ästhetischen. Es gibt die Konflikte, und mit den Konflikten müssen wir leben. Es kommt mir seltsam und sogar gefährlich vor, die persönliche Verantwortung, auf die in solchen Konflikten alles ankommt, durch eine juristische Wohlordnung von allem und jedem erübrigt zu sehen. Es gibt keine Wertungslücke. Es gibt manchmal eine Differenz zwischen dem, was rechtlich geboten ist und was moralisch, nützlich, ökonomisch, ästhetisch und so weiter ist. Für die Differenz hat Luhmann ein ganz feines Gespür gehabt, und ich denke, Sie sind tatsächlich seiner Ironie auf den Leim gegangen. Seine Ironie, mit der er dem Juristen vor Augen führen will, wohin es kommt, wenn er diese Differenz nicht mehr kennt.
- 28 Nein, der Staat darf nicht foltern. Und der Staat muss auch nicht foltern, wenn wir die Wirklichkeit so vernünftig nehmen, wie sie ist, und nicht mit absurden Beispielen verzerren. Und der Rechtsbruch, der um des guten Zwecks und auch mit gutem Erfolg verübt wird, bleibt Rechtsbruch, selbst wenn wir das Gefühl haben, wir sollten den, der ihn begeht, begnadigen. Und die Antastung der Menschenwürde durch Folter ist ein Tabubruch ohne Not. Wir haben allen Grund, an der Menschenwürde, auch an dem Tabu, das in ihr liegt, festzuhalten.

S. 51

- HFR 4/2002 S. 7 -

29 **Grimm:**

Ich denke, Sie merken, dass die Diskussion auch eine Methodendiskussion wird. Nicht? Herr Brugger hat sich strikt bemüht, sich im Rahmen des positiven Rechts zu halten, als er die herrschende Lehre darstellte, sozusagen eine Textbefund-Dogmatik, und dann eine eigene ambitioniertere. Und jetzt war ich gespannt, welche Ebene Herr Schlink betreten würde. Herr Schlink hat nicht etwa eine naturrechtliche Ebene betreten, aber er hat gesagt, schlechte Fälle, ungeeignete Fälle bringen schlechte Ergebnisse hervor, und daran die Frage angeschlossen: Warum sollen wir auf Extremfälle eine Dogmatik gründen, die dann auch für die Normalsituation andenkbar wird? Es gibt keinen Grund, von dem, was die klare rechtliche Aussage ist, in solchen Situationen abzuweichen. Aber er hat gleichzeitig eine Ventilmöglichkeit angedeutet: Es kann sein, dass die Rechtsverletzung, die als solche natürlich immer als Rechtsverletzung aufrecht erhalten werden muss, vielleicht doch die richtige und dann anschließend Nachsicht verdienende Lösung ist. Das scheint mir die methodische Ebene zu sein. Herr Brugger,

Sie sind wieder an der Reihe.

30 **Brugger:**

Ich will kurz alle Punkte ansprechen, die Herr Schlink vorgetragen hat, und vielleicht dann noch etwas zur Menschenwürde sagen, weil Sie ja zentral darauf abgestellt haben. Und ich will anschließend in meinen Rekurs auf Ihre Einwände kurz schildern, was Kant zu diesem Fall eigentlich zu sagen hätte.

31 Der erste Einwand war: Das ist doch ein total fiktiver Fall, unwahrscheinlich, so was kann doch nur vorkommen, wenn wir Hannibal Lector vor uns haben, und der ist ja nun bekanntlich eine Filmfigur und existiert nicht in der Wirklichkeit. Wenn das stimmte, müsste ich Herrn Schlink Recht geben. Denn es ist zum Beispiel in der Moralphilosophie so, dass über absolute Rechte und Pflichten und Gebote und Verbote diskutiert wird. In der Moralphilosophie ist es anerkannt, dass es keine absoluten Rechte, Pflichten oder Verbote geben kann, weil alle Gebote, Rechte und Pflichten Antworten auf Probleme sind, und wenn die Probleme sich ändern, müssen auch die gerechten Antworten sich ändern. Deshalb gibt es keine absolut gerechten Lösungen für in der Praxis vorkommende Probleme. Aber Moralphilosophen erfinden dann immer irgendwelche seltsamen Fälle. Da kommen Marsmenschen auf die Erde und bedrohen uns. Was soll man dann tun? Soll es deshalb keine absoluten Rechte mehr geben? Die Moralphilosophie unterscheidet sich insofern von der Rechtsphilosophie, als die Rechtsphilosophie sich nur mit Problemen beschäftigen sollte, die vorkommen können. Der Marsmensch also braucht die Rechtsordnung nicht zu beschäftigen, erst wenn das Marsschiff im Anflug auf die Erde ist und demnächst auf dem Alexanderplatz landet, dann muss die Rechtsordnung sich auch mit diesem Problem auseinandersetzen. Wenn also der Fall, den ich schildere, wirklich so fiktiv wäre, würde ich in der Tat sagen, das muss ein verwirrtes Professorengehirn sein, das über dieses Thema Aufsätze schreibt. Aber es existieren Fälle, die entweder so sind, wie ich das geschildert habe, oder die im Umkreis dieses Falles angesiedelt sind. Nehmen Sie mal Timothy McVeigh, der vor ein paar Jahren in Oklahoma eine Bombe gezündet hat und viele Menschen umgebracht hat. Der war knallhart, kaltblütig, der wollte ein Fanal setzen. Das ist die Art von Täter, die, wenn man ihn vorher erwischt hätte, genau in den Fall hineinpasst, den ich Ihnen geschildert habe. Solche Menschen gibt es. Und die Verfügbarkeit von Informationen zur Herstellung von gefährlichen Bomben und sonstigen Gerätschaften, die viele Menschen bedrohen, nimmt durch das Internet eminent zu. Das weiß man, das kann man im SPIEGEL nachlesen, das sind reale Bedrohungen. Der Fall, den ich Ihnen geschildert habe, ist in Deutschland noch nicht geschehen, aber er könnte jederzeit passieren. Es gibt israelische Fälle, die sich genau mit diesem Problem beschäftigen. Zwei Fälle: Einer 1996 entschieden, einer 1999. Time-bomb situations. Die kennen das, das passiert dort jede Woche. Und dort gibt es eine große Auseinandersetzung darüber, ob Informationserpressung zulässig sein soll oder nicht. 1996 entschied der Supreme Court von Israel, dass so etwas vermutlich gehe; die Richter haben dazu die Notwehr-Vorschrift aus Israel benutzt, wollten sich aber nicht so genau festlegen. 1999 hat der israelische Supreme Court in einer Weise entschieden, die Herrn Schlink eher gefallen wird. Der Supreme Court hat gesagt, es gibt im israelischen Recht keine Ermächtigungsgrundlage, um in diesen Situationen, wo nun ein Bombenleger oder ein solcher, der dessen verdächtigt wird, gefasst worden ist, entsprechend zu handeln. Das ist in der deutschen Presse so berichtet worden, als ob der israelische Supreme Court das absolut hätte unterbinden wollen. Das ist aber nicht so. Wer die Entscheidung genau liest, merkt, dass die zentralen Aussagen ganz der deutschen Grundrechtsdogmatik entsprechen: Du Gesetzgeber musst, wenn du das zulassen willst, eine explizite Grundlage schaffen. Das war eigentlich alles, was drin stand. Mein Argument gegen Herrn Schlinks Einwand Nummer eins ist also: Solche Fälle können passieren und wir müssen gewappnet sein; wir müssen also solche Fälle überlegen und nach einer Lösung suchen, die vernünftig ist.

32 Ja, soll ich dann den Fall Hinze nehmen? Wie sieht es denn in dem Fall Hinze aus? Ich habe den in der Tat in einem meiner Aufsätze zitiert. Ich habe auch die Presse dazu gelesen. Ich weiß die Einzelheiten nicht mehr so genau, und man soll sich nicht immer

auf die Presse verlassen in bezug auf das, was so alles drin steht ...

33 **Schlink:**

Sie wissen doch über ihn so viel wie über Ihren fiktiven Fall. Dann wissen Sie doch genug, um ihn zu erörtern. Er ist jedenfalls realer als...

34 **Brugger:**

Der Fall Hinze ist real. Und ich gebe Ihnen Recht und bin also insofern ganz ehrlich, ich habe über die Schilderung meines Falles hinaus eine Typologie der Voraussetzungen für mögliche Ausnahmen vom Folterverbot entworfen, die auch für den Fall Hinze relevant ist. Sie finden diese Voraussetzungen auf dem ausgeteilten Blatt. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, führen sie zu einer Ausnahmebestimmung zu dem absoluten Folterverbot: Sie brauchen, Nummer eins, eine evidente, Nummer zwei, unmittelbare, drittens, Gefahr für die körperliche Integrität und das Leben eines Unbeteiligten, die viertens durch den identifizierbaren Störer verursacht worden ist. Fünftens muss der Störer die einzige Person sein, die die Gefahr beseitigen kann, und zwar dadurch, dass er sich, sechstens, in die Grenzen des Rechts zurückbewegt. Siebtens muss er dazu auch verpflichtet sein. Wenn diese sieben Merkmale gegeben sind, kommt es nach meiner Ansicht auf die Zahl der Opfer nicht an. Das heißt also, man müsste im Fall Hinze, wenn Sie mich darauf ansprechen, überlegen, ob diese Voraussetzungen gegeben waren. Wenn das dort der Fall war, würde ich für eine Ausnahme vom Folterverbot eintreten. Aus den Gründen, die ich genannt hatte. Mein Gerechtigkeitsempfinden ist in diesem Fall ganz klar.

35 **Schlink:**

Aus der ex-ante Sicht des Polizeibeamten?

36 **Brugger:**

Aus der ex-ante Sicht des Polizeibeamten. Anderes kann man im Polizeirecht nicht machen. Dass das so ist und dass das zum Beispiel auch bis zum tödlichen Schuss gehen kann und auch legitim ist, das hat der Europäische Menschenrechts-Gerichtshof 1995 in dem Fall McCann [Slg. A 324, Nr. 200 ff.] explizit gesagt. Dort ging es um die Tötung von zwei mutmaßlichen Terroristen durch britische Soldaten. Diese hatten geschossen, weil sie glaubten, die Terroristen würden eine Autobombe zünden. Der Europäische Menschenrechts-Gerichtshof sagte, ich habe das englische Zitat vor mir und will nicht alles vorlesen: Wenn die Polizisten glauben durften, ex-ante und verständlich natürlich, dass eine Lebensbedrohung vorlag, und wenn in der Vorbereitung der Aufklärung dieses Falles kein Organisationsverschulden vorlag, dann ist die ex-ante Sicht entscheidend, und dann darf dieser vermutliche rechtswidrige Angriff, der viele Leben kosten würde, durch den Todesschuss beendet werden. Wenn Sie nun zu der Typik zurückkommen, die ich entwickelt habe, indem ich gesagt habe, Artikel 2 Absatz 2 EMRK ist lex specialis für unseren Fall in bezug auf die Situation, während Artikel 3 EMRK nur lex specialis in bezug auf das Mittel ist, und man im Rahmen einer Abwägung dieses Grün- und Rotlichts dann zum Vorrang des Artikel 2 Absatz 2 kommen kann, dann gilt das auch für die ex-ante Sicht in dem von mir geschilderten Polizeirechtsfall.

37 **Schlink:**

Darf ich nur eine kleine Zwischenbemerkung machen?

38 **Brugger:**

Bitte, bitte!

39 **Schlink:**

Einmal geht es um Israel, ein Land, das im Krieg liegt. Einmal um Nordirland, ein Land im Bürgerkrieg. Ich kann mir Situationen vorstellen, in denen wir unsere Rechtstradition und -kultur nicht aufrecht erhalten können. Wenn wir in Deutschland Bürgerkrieg

haben sollten, wenn unsere Wirtschaft in apokalyptischen Dimensionen verfallen sollte, wenn marodierende Bundeswehr-Horden - man kann sich alles mögliche vorstellen! Aber wir sind nicht in einer Kriegssituation, und wir sind nicht in einer Bürgerkriegssituation. Und unsere Rechtsordnung muss nicht so zugeschnitten werden, dass sie für den Krieg und den Bürgerkrieg taugt.

40 **Brugger:**

Herr Schlink, das überzeugt mich nicht. Sehen Sie, ich habe zwar von Bürgerkrieg gesprochen, aber nur weil ich Luhmann zitiert hatte.

41 **Schlink:**

Nein, die beiden Beispiele, das eine war Israel, das andere war Nord-Irland.

42 **Brugger:**

Ja, ja, ich wollte ja nur auf die Sache mit "ex ante" und "ex post" zu sprechen kommen und sagen, dass Ihre polizeirechtlichen Bedenken jedenfalls vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht durchschlagen würden. Diese Kriegs- und Notstandsfälle sind nicht die Fälle, die ich hier berichtet habe. Für Kriegs- und Notstandsfälle haben wir Regelungen im Grundgesetz, die beschäftigen sich mit dem äußeren Notstand, mit dem inneren Notstand. Auch dazu könnte ich etwas sagen, aber das ist nicht unser Fall. Wir haben einen klaren Polizeirechts-Fall vor uns. Aber das heißt doch nicht, wenn es nur um ein Leben geht von einem Täter gegen ein Opfer, sei alles anders. Im Fall Hinze war das ein Mensch, der im Boden vergraben war und da gelitten hat und gestorben ist und dessen Menschenwürde verletzt worden ist. Das ist für mich genauso schlimm, als wenn es um einen Rechtsbrecher geht, der tausend oder zehntausend Menschen bedroht. Wir sollten unser Gerechtigkeitsempfinden vielleicht ein bisschen schärfen und sagen, es kommt auf jedes unschuldige Opfer an. Das ist ja auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenngleich das, wie in der Abtreibungsentscheidung, von der Rhetorik weit über das hinausgeht, was anschließend tatsächlich passiert. Aber ich will nicht über Abtreibung sprechen. Es geht hier um real lebende Menschen. Wie diesen Jugendlichen, der da vergraben war. Im kalten Sumpf!

S. 52

- HFR 4/2002 S. 8 -

43 Wenn ich recht hätte mit dieser Ausnahme zum absoluten Folterverbot, bräuchten wir dann nicht gesetzliche Regelungen, so wie etwa dasjenige, was Luhmann ironisch beschrieben hat, dass wir dann also Schaltungen machen nach Luxemburg und nach Straßburg, und in den Folterkellern die Videokamera installiert wird und die Richter dann sagen müssen: rotes Licht oder grünes Licht?

44 Wenn die Verhältnisse so sind von der Sachverhalts-Typik her, dass diese unmittelbare Bedrohung nicht vorhanden ist, dann würde ich sagen: Ja, das müsste man überlegen. Aber die Fälle, wie sie sind, sind ja nun gerade dadurch gekennzeichnet, dass für so etwas keine Zeit mehr ist. Und wenn Sie nun auch für diese eminenten Bedrohungen in jedem Fall eine gesetzliche Regelung verlangten, und das zum Beispiel als notwendiges Erfordernis des Rechtsstaats ansehen würden, dann wäre zum Beispiel die Notwehrregelung im Strafgesetzbuch verfassungswidrig. Die Notwehrregelung ist genau die Regelung, die sagt: Wenn es einen rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriff gegen dich gibt, und du kannst nichts anderes machen, als dich gegen diesen rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriff zu verteidigen, dann brauchst du keinen Richtervorbehalt. Dann brauchst du auch keinen Polizeibeamten. Sondern du kannst alles tun, was notwendig ist, um diesen rechtswidrigen Angriff von dir abzuwenden. Das ist die Situation, die ich geschildert habe. Nun ist es zwar so, dass das Notwehrrecht, das die Mittel nicht spezifiziert, zwar hier nicht direkt applikabel ist, weil wir das ja nicht als Ermächtigungsgrundlage für staatliche Eingriffe nehmen können. Aber ich will Ihnen schildern, warum das Notwehrrecht hier trotzdem von Bedeutung ist. Sehen Sie, wenn Sie diesen Terroristen in unserem Fall gefasst haben und sagen wir Ihr Ehepartner oder Ihre Eltern o-

der Ihre Kinder sind diejenigen, die zum Beispiel in einem Loch vergraben sind und mit dem Tod bedroht sind, dann dürften Sie nach Paragraph 32 Strafgesetzbuch alles, aber auch nur das tun, was notwendig ist, um das Versteck herauszubekommen. Das heißt, Sie dürften auch das machen, was wir hier rechtstechnisch Folter nennen. Das ist auch gut und richtig so, denn das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen. Und nun passiert folgendes: Sie haben also den Täter gefasst und wollen die notwendige Information notfalls aus ihm herausprügeln. Jetzt kommt der Polizist dazu und legt die Hand auf die Schulter des Terroristen. Wissen Sie, was jetzt passiert? Etwas Dramatisches. Vorher durften Sie, um das Leben Ihrer Angehörigen, Ihrer Liebsten, zu schützen, im Rahmen des Notwehrrechts diese Information aus dem Täter herausholen. Jetzt kommt die Polizei herein, des Bürgers Freund und Helfer, der die Sicherheit effektivieren soll, und plötzlich sinkt das Schutzniveau von "angemessen" auf "nichts", denn sobald der Polizist die Hand auf die Schulter des Rechtsbrechers gelegt und dadurch polizeilichen Gewahrsam begründet hat, beruft er sich nach herrschender Meinung auf die absolut geschützte Menschenwürde. Das heißt, wenn Sie jetzt noch versuchen sollten, aus dem Rechtsbrecher das Versteck herauszuholen, dann müsste der Polizist gegen Sie vorgehen. Und wenn Sie sich mit anderen zusammentun, um das Leben Ihrer Angehörigen zu schützen und das Versteck zu erfahren, dann müsste die Polizei notfalls mit Waffengewalt gegen Sie vorgehen. Das ist die Rechtslage! Das kann doch wohl nicht richtig sein!

45 Das führt nun auf ein Problem des Polizeirechts. Ich habe Ihnen ja gesagt, Polizeirecht hat das allgemeine Ziel effektiver Gefahrenabwehr. Das funktioniert im Rechtsstaat folgendermaßen: Der Staat hat das Zwangsmonopol und bietet dem Bürger folgenden Vertrag an: "Ich nehme Dir die Möglichkeiten weg, Zwang anzuwenden, monopolisiere das bei mir. Beim Militär, nicht in unserem Fall, aber bei der Polizei. Ich mache das dadurch effektiv, dass ich das Ganze organisiere und mit Strukturen versehe; so kann ich es mir gleichzeitig leisten, in der Wahl meiner Mittel zurückhaltend zu sein. Du Bürger wirst trotzdem nichts verlieren, denn durch die Organisation der Polizei, die Du ja als einzelner nicht hast mit Deinem Notwehrrecht, wird sehr viel mehr geschützt und ein sehr viel höheres Schutzniveau erreicht, so dass ich dann rechtsstaatlich zum Beispiel Folterung herausnehmen kann." That's the deal: Wir verzichten auf ein paar Mittel, aber durch die Organisation der Polizei machen wir das Schutzniveau gleich. Wenn das aber vorhersehbar nicht der Fall sein sollte, dann gilt dieser Gesellschaftsvertrag, rechtsphilosophisch gesprochen, nicht mehr. Dann hat der Staat nicht mehr das Monopol legitimer Gewaltsamkeit. Dann muss er das Monopol aufgeben und die Selbstverteidigungsgewalt an die Bürger zurückgeben. Das will doch niemand! Das wollen Sie auch nicht, Herr Schlink! Und das will auch ich nicht, deshalb muss hier die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

46 **Grimm:**

Jetzt, würde ich sagen, fragen wir Herrn Schlink erst mal, ob er das auch nicht will. Und vielleicht auch, ob die Notwehrdefinition eine richtige gewesen ist. Wenn Sie dazu etwas sagen wollen?

47 **Schlink:**

Der Alltag der Notwehr in unserer Strafrechtsordnung und unserem Rechtsalltag ist mit dem, worum es hier geht, schlecht zu vergleichen. Herr Brugger, wenn die Polizei die Hand auf die Schulter des Verbrechers legt, kann er nicht mehr geprügelt und gelyncht werden. Und wir wissen doch zumindest aus den Filmen, dass es oft genug eben nicht der Rechtsbrecher ist, den die aufgebrachte Menge meint, endlich erwischt zu haben, und an dem sie sich austobt. Deswegen wird er geschützt, und ob er wirklich der Rechtsbrecher ist oder nicht, stellen wir im Verfahren fest und nicht vorneweg auf Verdacht. Dem gegenüber ist effektive Gefahrenabwehr auch die Abwehr der Verdachtsgefahr und der Anscheinsgefahr, und so werden, wenn bei Ihren Gefahrenszenarien der Störer gefoltert werden darf, nach der polizeirechtlichen Logik auch der Verdachts- und der Anscheinstörer gefoltert. Die polizeirechtliche Logik ist auf Ihre Gefahrenszenarien nicht zugeschnitten, sie ist auf einen Alltag von Recht und auf einen Stand von Rechts-

kultur und einen Zuschnitt von Welt und Gefahr angelegt, die sich auch 50 Jahre lang bewährt haben. Noch mal: Es mag apokalyptische Zustände irgendwann auch bei uns geben, Krieg und Bürgerkrieg, und da wird vieles in unserer Rechtsordnung nicht mehr so bleiben, wie es ist, aber diese Erfahrungen von Israel und Nordirland sind für uns nicht maßgeblich. Und was im Fall Hinze zu klappen scheint, ist schon im nächsten Fall Hinze, wo der, den die Polizei als Täter festnimmt, es nicht ist, offenkundig nicht mehr richtig. Die ganzen Probleme des Gefahrenverdachts, der Anscheinsgefahr, dessen, dass Unschuldige erwischt und verdächtigt werden, kommen bei Ihnen nicht in den Blick, Herr Brugger. Aber im Hinblick auf sie haben wir in der Rechtsordnung Grenzen und Kontrollen und Verfahren und so weiter.

S. 53

- HFR 4/2002 S. 9 -

48 **Grimm:**

Vielleicht einen Moment, ehe Herr Brugger replizieren wird. Ich gebe Ihnen jedenfalls das Wort wieder, aber ich würde gern mal fragen, ob im Saal dringende Fragen sind. Bitte! Nehmen Sie ein Mikrofon, ja.

49 **Fragesteller 1:**

Ich würde gern das Wort an Herrn Prof. Brugger richten. Zum einen wollte ich vorweg schicken, dass ich diesen Punkt doch für sehr aktuell halte, wenn man nämlich 20 Jahre zurückginge, 1977 in Stuttgart Stammheim, wenn man das Wort Folter nicht im mittelalterlichen Sinne versteht, sondern auch subtilere Zwangsmaßnahmen darunter subsumiert und man beispielsweise den Zustand nimmt, dass man Gefangene drei Jahre in einer extremen Isolationshaft hält. Wenn man weiß, dass diese Gefangenen untereinander - drei Gefangene, drei Terroristen- Kommunikationsmittel haben und man diese Gefangenen in gewissen Zeiträumen abhört, um herauszufinden, ob sie etwas über das Versteck eines entführten Industriellen sagen, der von ihren Gesinnungsgenossen entführt wurde... Und vor allem auch vor 20 Jahren, genau auch zu dieser Zeit, ich glaube, das stand auch damals in der Presse, wurde unter Bundestagsabgeordneten auch darüber diskutiert, ob im konkreten Falle nicht eine Folter zulässig wäre. Wenn man das betrachtet, haben wir, glaube ich, hier einen Fall der vielleicht nicht in dieser Größenordnung, aber doch eine Aktualität in der deutschen Geschichte hat.

50 Allerdings habe ich an Sie folgende Frage: Sie haben vorhin gesagt, dass einerseits bei der Menschenwürde die Schutzpflicht gegenüber den Vielen sozusagen der Bewahrung der Menschenwürde des Täters gegenüber steht. Aber ich denke, es gibt doch die Maxime, dass man einfach sagt, dass die Würde des Menschen nicht wägbare ist, dass man einfach sagt, es gibt das Prinzip, und davon gibt es auch keine Abweichungen. Es gibt nur die Würde des Menschen, und egal, was er vorher getan hat, eine Abweichung davon ist auch nicht zulässig, und insofern, würden Sie nicht sagen, dass vor diesem Hintergrund, der auch ja nun eine gewisse Gerechtigkeit in allen Einzelfällen gebietet, nicht eher die Lösung von Herrn Schlink vorzugswürdig wäre, dass man sagt, dass das sozusagen öffentlich-rechtlich gesehen, nicht mit der Menschenwürde vereinbar ist, aber wenn im konkreten Fall der Beamte diese Zwangsmaßnahmen ergreift, er im strafrechtlichen Sinne straffrei bliebe.

51 **Grimm:**

Ich habe noch zwei weitere Hände gesehen, vielleicht hören wir die beiden Wortmeldungen auch noch. So kurz Sie es machen können, ist es uns lieb, um so mehr Zeit haben die Diskutanten noch einmal.

52 **Fragesteller 2:**

Ich wollte nur eine kurze Anmerkung machen. Das einzige, was mich zum Nachdenken gebracht hat bei Herrn Brugger, denn eigentlich hat Herr Schlink mir aus dem Herzen und aus dem Verstand gesprochen, war der Vergleich mit dem finalen Todesschuss. Und da habe ich einen Moment gestutzt, aber ich denke, dass dieser Vergleich völlig unpassend ist. Einerseits ist der Erfolg klar, so krass das klingt, und andererseits ist

das auch eine Maßnahme, die immer bis zum letzten Moment warten kann. Und das kann Folter nicht. Was mache ich in einer Situation, wenn ich einen Täter fünf Stunden vor der geplanten Bombensprengung fasse, und ich weiß, wenn ich jetzt noch drei Stunden mit dem weiter verhandle und diskutiere, dann werden zwei Stunden Folter mich auch nicht zur Eröffnung des Verstecks bringen, also muss ich doch sofort anfangen, also es ist überhaupt nicht klar, ab wann Folter überhaupt geeignet ist, und es ist ein überhaupt nicht vergleichbares Mittel. Das passt in keiner Weise in die Dogmatik.

53 **Fragesteller 3:**

Sehr geehrter Herr Prof. Winfried Brugger, auch ich richte das Wort an Sie. Sie lassen sich ja nicht so sehr auf eine positiv-rechtliche Diskussion ein, denn ich glaube allen ist klar, dass aus juristischer Sicht eine Folter anhand unserer heutigen juristischen Normen unmöglich ist, und es fast absurd ist, eine solche zu vertreten. Aber wenn ich mich mehr auf die Ebene Ihrer moralischen Wertung einlasse ... ist es möglich unter diesen und diesen Fallgestaltungen wirklich Folter zu betreiben ... dann schreiben Sie in Ihren Artikel aus dem Staat 1996: "Dieser Fall ist nicht für andere Sachverhaltsgestaltungen geeignet"... Jetzt hat Herr Prof. Schlink günstiger Weise den Fall Hinze angebracht. Und da, sagen Sie, ist nach Ihren Kriterien auch für diesen Fall wahrscheinlich die Folter zulässig oder geboten, oder man hat einen Anspruch darauf. Und das ist konsequent, da stimme ich Ihnen zu, das ist konsequent nach Ihrer Punkte-Theorie. Aber, sind Sie sich bewusst, und dazu hätte ich ganz gern eine Stellungnahme, dass notgedrungen deshalb in Deutschland 10, 20, 30, 40 Folterungen pro Jahr, vielleicht mehr, erfolgen müssten. Wenn irgendwelche Zuhälter Frauen verschieben, wenn ... es gibt so viele Möglichkeiten, wo Menschenwürde gegen Menschenwürde aufgewogen werden müsste, wo es die einzige Möglichkeit ist, die Aussage zu erfoltern. Und diese Fallgestaltungen würden alle unter Ihre Punkte fallen, und damit hätten wir Deutschland als einen der massivsten Folterstaaten der Welt. Danke sehr.

54 **Grimm:**

Jetzt hören wir vielleicht die vierte Meldung auch noch, bitte, und dann aber erst mal wieder das Podium.

55 **Fragesteller 4:**

Ich wollte nur kurz ergänzen. Also einerseits, Ihren methodischen Hechtsprung mit der Ausgleichung des situationsabstrakten Artikel 3 in der EMRK und des mittelabstrakten Artikel 2 Absatz 2a fand ich schon relativ bemerkenswert. Also ich muss gestehen, ich habe den nicht wirklich verstanden und bin mir nicht sicher, ob das methodisch geht, vielleicht können Sie da noch was zu sagen. Die Fallgestaltung finde ich nicht furchtbar absurd, aber ich finde auch die Schlussfolgerung, wir müssen ein Mittel des Staates darauf finden, nicht zwingend. Sie hatten die Notwehr angesprochen. Es spricht nichts dagegen, dass wenn der Polizist in der Situation steht, der Polizist auch nichts tut. Dann ist zwar das Staatshandeln natürlich rechtswidrig etc, aber der Polizist selber ist ja in der Nothilfesituation. Diese Sache kann dem Polizisten ja soweit nicht unbedingt jemand nehmen. Vielleicht können Sie sich dazu noch kurz dann äußern, danke.

S. 54

- HFR 4/2002 S. 10 -

56 **Grimm:**

Gut. Herr Brugger, bitte, zunächst mal Sie.

57 **Brugger:**

Ich habe mir jetzt so viele Sachen notiert, dass ich gar nicht weiß, ob ich alles ansprechen kann, aber ich fange mal mit dem moralischen Argument und dem Würdeargument an, das von Ihnen im Publikum gebracht worden ist: Würde wäre nicht abwägbare, und auch Herr Schlink hat das angesprochen. Nehmen wir einfach mal den Stammvater des Rechtsstaats und der Erklärung der Menschenwürde, Immanuel Kant. Was würde Kant zu unserem Fall sagen? Auf den ersten Blick scheint es so, als ob sich

bei Kant ein absolutes Folterverbot finden müsste. Denn die Brechung des Willens, und da gebe ich Herrn Schlink und der herrschenden Meinung recht, ist kein Minus zum Tode, sondern ist ein Eingriff in die Menschenwürde. Aber wie ist das in einem Fall, in dem Menschenwürde gegen Menschenwürde oder Leben gegen Leben steht, so wie das in meinem Fall gegeben ist? Dann ist die Lösung nach Kant ganz einfach: Freiheit muss freiheitsverträglich sein. Ist sie das nicht, hat der Staat die Befugnis zu zwingen. So steht es am Anfang der Rechtslehre in der "Metaphysik der Sitten" von 1797. Aber die Befugnis zum Zwang ist gebunden an die Beseitigung eines Hindernisses der Freiheit. Wenn ein Hindernis der Freiheit vorhanden ist und man es nicht anders beseitigen kann als durch Zwangseinsatz, verhältnismäßig, dann darf Zwang angewendet werden. Das ist genau unsere Situation. Also, nach dem Rechts- und Freiheitsgesetz bei Kant wäre das in unserem Fall nicht nur rechtsphilosophisch-moralisch möglich, sondern auch geboten. Es gibt aber noch eine andere Stelle bei Kant. Etwas später in der "Metaphysik der Sitten" spricht Kant vom Notrecht. Den Zwang ohne Recht nennt er das, *ius necessitatis*, und er bringt das Beispiel eines Schiffsbruchs. Zwei Schiffbrüchige finden sich auf einer Planke, diese kann aber nur einen tragen, Sie kennen das aus dem Strafrecht, der eine stößt den anderen vom Brett, um sein Leben zu retten, das ist nach Kant zwar nicht gerechtfertigt, weil der andere ihn nicht rechtswidrig angegriffen hat, aber doch nicht strafbar. In moderner Strafrechtsdogmatik heißt das, es liegt ein Entschuldigungsgrund vor. Doch mein Fall ist mit diesem Fall von Kant nicht vergleichbar. In meinem Ausgangsfall, übersetzt auf den Plankenfall, befinden sich die zwei Personen schon auf der rettenden Planke des Rechtsstaats und jetzt kommt ein anderer, der Rechtsbrecher, angeschwommen und will sie herunterstoßen. Wenn nun im erstgenannten Fall, wo beide schon gleichberechtigt auf der Planke sind, nur ein Entschuldigungsgrund vorliegt, muss in dem Fall eines rechtswidrigen Angriffs, also der Notwehrsituation, eben ein Rechtfertigungsgrund vorhanden sein. Also egal wie sie Kant lesen, ob mit dem Freiheitsprinzip oder dem Notrecht, er würde in unserem Fall die Folter zulassen.

58 **Zwischenruf (Fragesteller 3):**

Könnten Sie auf die Fragen antworten bitte? Wäre es möglich, weil wir hatten alle Fragen gestellt, und das ist nicht wirklich im Kontext der Fragen.

59 **Brugger:**

Es ist schon der Kontext. Es geht um die Würde, Herr Schlink sagt, die Würde wird hier angegriffen. Das ist richtig. Ich will auch nicht so tun, als ob in meinem Fall keine Verluste einträten. Das ist ein dramatischer Fall. In Amerika sagt man "tragic choice", aber es gibt "tragic choices", und weil sie tragisch sind, muss man um so mehr Mühe aufwenden, sie richtig zu entscheiden. Was immer Sie tun in unserem Fall, Herr Schlink, da sind wir uns einig, es treten erhebliche Verluste ein, an Zivilität zum Beispiel und an mehreren anderen Rechten. Aber trotzdem muss der Fall richtig entschieden werden. Und wenn man über Würde redet, muss man auch über Kant reden. Das habe ich hier nun getan, weil die meisten, die sich auf das absolute Folterverbot berufen, glauben, dass man sich auf Kant stützen könne, aber jedenfalls für Sachverhaltsgestaltungen wie hier erörtert ist genau das Gegenteil der Fall. Nun sage ich nur noch, aber führe nicht mehr aus, ich könnte Ihnen auch anhand von John Rawls, von Otfried Höffe, anhand des Gerechtigkeitsutilitarismus und des Kommunitarismus ausführen, dass diese alle in meiner Sachverhaltsgestaltung ebenfalls auf meiner Seite stehen.

S. 55

- HFR 4/2002 S. 11 -

60 Aber jetzt zu den anderen Stichworten, weil ich nicht zu sehr abschweifen will. Herr Schlink, Leben ist etwas anderes als Würde, da haben Sie recht, das sehe ich auch so. Aber man sollte sie nicht zu sehr auseinanderdividieren. Denn immerhin ist das Leben die Voraussetzung der Würde, ohne das Leben gibt's die Würde nicht, das ist das eine. Das andere ist, dass gerade das Bundesverfassungsgericht in den Abtreibungsfällen, im Schleyer-Fall und in diversen anderen Fällen davon gesprochen hat, dass der Lebensschutz ein höchstes Gut ist, das der Staat vor allem zu verteidigen habe. Ich lese die

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so, dass man hier zwar unterscheiden müsse, der Sache nach aber im Grunde ein vergleichbares Schutzniveau halten muss.

- 61 Der nächste Einwand bezieht sich auf den Tabubruch und dass wir uns an den Grenzen des Rechts bewegen. Was ich vorschlage, ist in der Tat ein Tabubruch. Und ich kann Ihnen sagen, ich habe ja den Luhmann-Vortrag gehört und dann die Klausur gestellt, ich habe lange gebraucht, bevor ich dann meine sogenannte Musterlösung veröffentlicht habe, es verging über ein Jahr. Warum? Weil ich in mir selber die Tabuhürde überwinden musste und ich mir über ein Jahr Zeit gelassen habe und mich gefragt habe: Kannst du das wirklich machen? Was ist ein Tabu? Ein Tabu ist eine hohe emotionale Hürde, die uns vor etwas abhalten soll, zu dem wir in manchen Situationen neigen, das aber schrecklich oder schlimm ist. Und um sozusagen dieses normative Urteil zu festigen, führt das in der menschlichen Kultur dazu, dass man diese schrecklichen, schlimmen Dinge emotional mit einem Tabu besetzt, um der Gefahr in uns selber, der Versuchung zu erliegen, entgegenzuwirken. Es ist gut, dass es diese Tabus gibt. Und die Folter muss tabuisiert sein. Die hohe emotionale Hürde darf aber nicht unüberwindlich sein, dann würde sie nämlich das Denken ausschalten, und das darf nicht sein. Das heißt, es muss erlaubt sein, von Fall zu Fall fortschreitend, die Angemessenheit rechtlicher Regelungen zu untersuchen. Und wenn es sich nicht um total verrückte oder fiktive Fälle handelt, sondern um real vorkommende, oder vielleicht vorkommende, dann muss die Rechtswissenschaft Vorsorge treffen. Meine Aufsätze sind nichts anderes als Vorsorge. Ich will der Bevölkerung und Ihnen hier im Saal deutlich machen, was die Rechtslage, was die Text-Rechtslage ist. Wenn Sie dann mit diesen Verlusten, mit Ihrem Lebensverlust und mit dem Würdeverlust und Ihren Opfern im familiären Umkreis leben können, dann können wir eine offene Diskussion darüber führen, wie wir das hier machen, und im Endeffekt sage ich dann vielleicht: Na gut, wenn es denn so ist, dann machen wir das so, wie der Rechtstext sagt. Aber es wird doch über das Thema nicht diskutiert, es wird totgeschwiegen. Sehen Sie, es wird in der Rechtswissenschaft viel publiziert, tausende von Aufsätzen zum Begriff des Verwaltungsakts oder darüber, ob die EG ein Staat ist und lauter solche Geschichten. Diese Publikationen sind auch wichtig, aber es ist doch bemerkenswert, dass in den letzten sechs Jahren, seit ich zum ersten Mal über das Folterthema geschrieben habe, nicht ein einziger Aufsatz erschienen ist, der mir geholfen hätte, nun mit meinem eigenen Tabubruch fertig zu werden. Solche Aufsätze gibt es nicht. Ich werde angesprochen, angerufen, bekomme Briefe, wo dann gesagt wird: Das musste mal einer sagen. Ja, warum sagen es die Leute nicht selbst? Und das sind nicht nur Jurastudenten, das sind gestandene Juristen. Also, das Tabu muss sein, ich bin dafür, es aufrecht zu erhalten, aber das Denken darf sich nicht verabschieden. Und die Fälle, die ich diskutiere, sind nicht fiktiv - deshalb diese Veranstaltung.
- 62 Jetzt zu der persönlichen Verantwortung. Herr Schlink, vielleicht kann das Recht nicht auf alle Probleme eine Antwort geben, und Sie sagten ja, wir sind hier an der Grenze des Rechts. In gewisser Weise stimmt das, weil wir eben, wenn das richtig ist, was ich hier vorschlage, etwas tun, was wir eigentlich nicht tun wollen, nämlich Mittel ergreifen, die der Rechtsstaat eigentlich ausschließt. Aber wir sind nicht nur an der Grenze des Rechts, wir sind auch im Zentrum des Rechts. Das Recht ist angetreten als eine Ordnung, die was jedenfalls verhindert? Denken Sie an Hobbes, denken Sie an das klassische Völkerrecht. Beide wollen diese Art von Lebensbedrohung für die Bürger verhindern. Deshalb gibt es auch die Gesellschaftsvertragstheorie: life, liberty and property. Life steht an erster Stelle. Die staatliche Organisation muss sich am Lebensschutz bewähren oder auch nicht, und wenn sie das nicht tut, dann verliert sie das Gewaltmonopol. Wir sind also gleichzeitig, so etwas gibt es auch, im Zentrum des Rechts und an den Grenzen des Rechts. Und die persönliche Verantwortung für den Fall, dass wir diese Sache nicht diskutieren oder nicht regeln, die liegt nicht bei uns, die liegt auf dem Rücken der Polizisten, die mit einer solchen Situation konfrontiert sind. Das sind die Ärmsten der Armen. Ich sehe nicht ein, dass man den Konflikt auf deren Rücken austragen soll. Was sollen die tun? Die lesen das Gesetz, da steht drin: Du darfst das nicht! Dann kam der Einwand: Ja sollen sie sich doch auf das Notwehrrecht berufen. Das geht nicht! Denn das Notwehrrecht im Strafgesetzbuch ist gegenüber den verfas-

sungsrechtlichen Regelungen, Art. 104 und Art. 1 Grundgesetz, und den völkerrechtlichen Regelungen das niedrigere und allgemeinere Recht. Die anderen Regelungen, die das Folterverbot enthalten, sind spezieller und neuer und vorrangig. Was soll der Polizist nun tun? Ich finde, man muss dem Polizisten klar und deutlich sagen, ob wir wirklich meinen, was das Recht uns sagt. Dann kann es nämlich sein, dass wir eben nicht foltern und dann geht eben vielleicht die Welt zugrunde und eine Begnadigung gibt es dann auch nicht mehr, es sei denn, wir kommen alle in den Himmel, aber auf der Welt haben wir nichts gehabt.

63 **Grimm:**

Herr Schlink, die Fragen waren überwiegend an Herrn Brugger gerichtet, ich weiß nicht, ob die eine oder andere Sie vielleicht doch auch noch angeregt hat, jedenfalls sind Sie dran jetzt.

64 **Schlink:**

Ich würde nur gern ein paar Bemerkungen zu dem machen, was Sie, Herr Brugger, eben gesagt haben. Lebensschutz und Würdeschutz - das ist gewiss schwierig. Aber andererseits haben wir eine klare Auskunft: In das Recht auf Leben darf aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden, und die Menschenwürde ist unantastbar. Das ist ein klarer Unterschied, den das Grundgesetz selbst macht. Ich sehe auch das Tabu etwas anders als Sie. Wir können jedes rechtliche und jedes moralische Problem sozusagen beweglich machen, indem wir Nützlichkeitsüberlegungen und Verhältnismäßigkeitserwägungen anstellen und nach Zweck, Mitteln, Geeignetheit und Erforderlichkeit fragen und abwägen. Wir können im Recht alles in Bewegung bekommen und auch in der Moral. Das Tabu hat die Funktion, in diesen beweglichen Kalkulationen ein paar Sachen festzuhalten, so festzuhalten, dass wir, wissend, dass sie ihren Preis haben, diesen Preis nicht jedes Mal wieder diskutieren wollen. Und es ist nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, den Polizisten oder auch Politikern oder Ärzten an der Grenze des Rechts die persönliche Verantwortung abzunehmen. Ob an der Grenze des Rechts die Überschreitung wirklich riskiert wird, ist sinnvoller Weise hoch gehängt, so hoch, dass man das Tabu nur bricht, wenn man auch die persönliche Verantwortung dafür übernehmen will. Nach wie vor, Herr Brugger - nachdem Luhmann die Juristen, die meinen, sie müssten mit dem Recht alle Probleme lösen, und nicht aushalten können, dass es Konflikte gibt zwischen dem Recht und der Moral und der Nützlichkeit usw., und die alles in die Welt des Rechts packen wollen, ironisch anspricht, ist mir noch immer nicht ganz klar, was Sie eigentlich treibt, von einem ironisierenden Luhmann in Gang gebracht.

65 **Grimm:**

Eigentlich wollte ich den Schluss ansteuern, aber wenn Sie mit einer Frage an Herrn Brugger enden, dann muss er natürlich noch mal das Wort bekommen. Geht es kurz?

66 Ich bitte auch sehr um Verständnis, ich habe Ihre Wortmeldungen gesehen, aber wir sind kräftig über dem Limit und es sind jedenfalls einige gezwungen wegzugehen. Deswegen werde ich die Wortmeldungen nicht mehr berücksichtigen, sondern jetzt Herrn Brugger noch bitten. Es tut mir leid, ich hätte es gern anders gemacht.

67 **Brugger:**

Was mich treibt, ist, dass ich glaube, dass die Gesetzeslage, so wie sie besteht, für die Fallgestaltung, die ich beschreibe und die real werden kann, nicht gerecht ist, ungeheuerlich ist. Und deshalb mache ich auf diesen Sachverhalt aufmerksam. Und Luhmanns Ironie, wie ich zu Beginn versuchte zu sagen, ist eine solche, die man sich nur leisten kann, wenn man nicht Jurist ist. Ich bin Jurist. Ich habe es mit hard cases zu tun. Der Systemtheoretiker kann sich zurückziehen in die Wolken und auf die armen Juristen gucken, die diese Sachverhaltslagen, oft unter Zeitdruck, entscheiden müssen. Wir müssen hier eine angemessene, richtige Lösung finden, und zwar nicht für einen Kriegszustand, wenn Chaos und Bürgerkrieg herrscht, sondern in jedem einzelnen Fall,

auch in dem Konflikt eins gegen eins. Nur wenn wir utilitaristisch denken, kommt es auf die Zahl der Opfer an, nicht, wenn wir kantisch denken. Dort herrscht eine klare Prinzipienethik, das Recht muss dem Unrecht nicht weichen, wer die Freiheitsgrenzen überschreitet, darf mit Zwang in die Grenzen des Recht zurückgestoßen werden. Kantisch heißt die Konfliktlösung auch im Fall eins gegen eins: Das Recht muss gewahrt bleiben. Darf ich noch ein kleines Schlusswort sagen? Ich will das tun, indem ich Ihnen einen Satz von Jean Améry vorlese, das war jemand, der im KZ saß. 1943-45 saß er in Auschwitz und wurde dort gefoltert. Er hat später ein Buch geschrieben mit dem Titel "Jenseits von Schuld und Sühne - Bewältigungsversuche eines Überwältigten" [1950, Taschenbuchausgabe 1977], nämlich eines durch Folter Überwältigten. Er hat sein Foltererlebnis im KZ folgendermaßen beschrieben. Möglicherweise wird durch die Folter die Menschenwürde verletzt. "Doch bin ich sicher, dass [der Gefolterte] schon mit dem ersten Schlag, der auf ihn niedergeht, etwas einbüßt, was wir vielleicht vorläufig das Weltvertrauen nennen wollen." Weltvertrauen ist "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. Die Grenzen meines Körpers sind die Grenzen meines Ichs." [AaO, S. 44] Haben Sie gemerkt, dass Jean Améry hier von dem ungeschriebenen Sozialkontrakt spricht? Das ist der Sozialkontrakt, den die Philosophie als Gesellschaftsvertrag beschreibt. Und dieser Gesellschaftsvertrag oder Sozialvertrag besagt, dass in einem Konflikt zwischen einem Rechtsbrecher und dem Opfer der Rechtsbrecher nicht gewinnen können soll. Und der zweite Sozialkontrakt besagt hier, dass der das Zwangsmonopol in Anspruch nehmende Rechtsstaat sich nicht so stark binden darf, dass durch die Organisation der Staatsgewalt in Fällen wie diesem das Schutzniveau unter das heruntersinkt, das der Bürger mittels seines Naturrechts, das wir inzwischen im Notwehrrecht finden, ansonsten hätte.

68 **Grimm:**

Die beiden Diskutanten entheben mich des Versuchs, eine Synthese zu machen, es gibt keine. Wir haben ein echtes Streitgespräch gehört, nicht nur ein vorgespieltes, wie wir es in den Medien häufig sehen. Ich finde, es war hörenswert, und das ist gleichzeitig mein Dank an Sie beide und an das Publikum.

Zitierempfehlung: Winfried Brugger/Dieter Grimm/Bernhard Schlink, HFR 2002, S. 45 ff.