

Folter - verboten, erlaubt oder gar geboten? Rechtliche Anmerkungen zu dem Fall "Wolfgang Daschner"¹

Einleitung

Wenn bis vor kurzem in der Bundesrepublik Deutschland über aktuelle Fälle von "Folter" gesprochen wurde, so meist über solche andernorts.² Dabei herrschte weitgehend Einigkeit, daß die Folter, insbesondere solche zur Aussageerpressung, absolut verboten sein sollte - dies entsprach nach einhelliger Ansicht auch der deutschen wie internationalen Rechtslage.

Die Frage, ob man nicht ausnahmsweise die Folter erlauben sollte, fristete ein akademisches Dasein, das zuletzt vor allem durch den Heidelberger Jura-Professor *Winfried Brugger* mit seinem Terroristen-Fall "Würde gegen Würde oder: Darf der Staat foltern?" eine Vertiefung und durch die Verwertung in zwei weiteren Aufsätzen eine größere literarische Verbreitung fand.³ Seiner Aufforderung an die polizei-rechtliche Literatur, im Hinblick auf sich abzeichnende neue Formen terroristischer Bedrohungen sich näher mit diesem Rechtsproblem zu befassen und Fallgruppen verbotener und erlaubter Folter herauszuarbeiten, kam diese - soweit bekannt - nicht nach. Vielleicht wäre es anderenfalls nicht im Herbst 2002 in Frankfurt am Main zu einem Fall polizeilicher Androhung von Folter gekommen, der Anlaß für die folgenden rechtlichen Ausführungen ist⁴. Dies weniger um nun der Aufforderung *Bruggers* nachzukommen, als um zunächst einmal die rechtlichen Grundlagen darzulegen.

1. Foltern - verboten!

a) *Das Folterverbot*

Wenn hier von "Folter" die Rede ist, so bedarf es zunächst einer begrifflichen Klarstellung, was eigentlich hierunter zu verstehen ist. Überwiegend wird hierzu - nicht nur im internationalen Kontext - auf die Folterdefinition in Art. 1 Abs. 1 des (*UN-*) *Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe* (UN-Folterkonvention) vom 10.12.1984⁵ zurückgegriffen⁶, die *Folter* als "jede Handlung [definiert], durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von

¹ Vortrag vom 1.7.2003 im Rahmen des "Mannheimer Praxisseminars im Strafrecht" an der Universität Mannheim. In gekürzter Form ist der Vortrag erschienen in: DIE POLIZEI Heft 7/8, 2003, S. 198-207. Die meisten der zitierten Rechtsquellen sowie der Sachverhalt des Falls von *Brugger* (u. Fn. 3) sind im Internet unter <http://www.jwilhelm.de/foltmat.pdf> abrufbar.

² Im Nachkriegsdeutschland kursierte allerdings im Zusammenhang mit der Bekämpfung terroristischer Bedrohungen durch die sog. "Baader-Meinhof-Bande" bzw. die sog. "Rote Armee Fraktion" der Begriff "Isolationsfolter" (siehe dazu *Sebastian Scheerer*, "Folter ist kein revolutionärer Kampfbegriff". Zur Geschichte des Foltervorwurfs in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Jan Philipp Reemtsma* (Hrsg.), *Folter. Zur Analyse eines Herrschaftsinstruments*, S. 209 [214 ff.]; ferner *BVerfG*, *Beschl. v. 1.8.1978 - 2 BvR 1013, 1019, 1034/77 = BVerfGE 49, 24 - Kontaktsperre*). Im übrigen wurden im Rahmen der Räumung eines besetzten Häuserblocks in Frankfurt/Main am 23./24.2.1974 - wohl berechnete - Foltervorwürfe gegen Polizeibeamte wegen Mißhandlung Festgenommener erhoben (dazu *Wolfgang Kraushaar*, *Schreckensbilder. Zum Folterphänomen in der politischen Kultur der bundesdeutschen Linken*, in: *Reemtsma a.a.O.*, S. 187 [201 ff.]).

³ *Winfried Brugger*, *Würde gegen Würde oder: Darf der Staat foltern?*, *VBIBW* 1995, 414 u. 446 ff.; *ders.*, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, *Der Staat* (Bd. 35) 1996, 67 (69); *ders.*, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, *JZ* 2000, 165; *ders.*, *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, *FAZ* Nr. 58 v. 10.3.2003, S. 8.

⁴ Näher dazu unter 2.1.b).

⁵ BGBl. 1990 II, S. 246.

⁶ Vgl. auch die Folterdefinition in Art. 7 Abs. 2 lit. e Rom-Statut und hierzu § 7 Abs. 1 Nr. 5 VStGB.

ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfaßt nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind." Die Anwendung solcher "Folter" ist nach Art. 2 UN-Folterkonvention umfassend verboten.

Die im Titel der UN-Folterkonvention erfolgende rechtliche Gleichsetzung von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung findet sich auch in Art. 3 der (Europäischen) *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (EMRK) vom 4.11.1950⁷, wonach niemand "der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf". Dies Verbot greift nach h.M. ein, wenn die Mißhandlung ein bestimmtes Mindestmaß an Schwere erreicht hat, wobei die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind (Art und Zusammenhang der Behandlung, Art und Methode der Durchführung, ihre Dauer, ihre körperlichen und seelischen Auswirkungen, u.U. auch die Konstitution des Opfers).⁸ Die Abgrenzung zur unmenschlichen Behandlung und weiter zu der erniedrigenden Behandlung (als der schwächsten Form eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK) ist graduell⁹: *Folter*, als die stärkste Form verbotener Mißhandlung, wird dabei - auch in Rückgriff auf Art. 1 der UN-Folterkonvention - als vorsätzliche unmenschliche Behandlung, die sehr schwere und grausame Leiden verursacht, definiert¹⁰, wobei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit zunehmend höherem Menschenrechtsstandard die Eingriffsschwelle für die Annahme von Folter auch sinkt¹¹. Eine Folterung wurde bisher u.a. angenommen bei der Vergewaltigung eines weiblichen Häftlings durch die Polizei sowie dem Zufügen körperlicher Schmerzen und psychischem Druck auf einen Festgenommenen durch die Polizei¹². Als *unmenschliche Behandlung* hat der EGMR es angesehen, wenn eine Behandlung vorsätzlich war, länger andauerte und entweder eine Körperverletzung oder intensives physisches oder psychisches Leiden verursachte.¹³ *Erniedrigend* ist hier nach eine Behandlung, wenn sie in dem Opfer Gefühle der Angst, des Schmerzes und der Unterlegenheit erweckt, die geeignet sind, es zu demütigen und seinen körperlichen oder moralischen Widerstand zu brechen.¹⁴ Als Fälle unmenschlicher Verhörmethoden werden in der Literatur neben Schlägen und anderen Mißhandlungen z.B. langes Stehen mit verbundenen Augen, laute Geräusche, der Entzug oder die starke Reduzierung von Essen und Trinken, Schlafentzug, oder der Entzug medizinischer Versorgung genannt.¹⁵ (Hinzuweisen bleibt noch darauf, daß Mißhandlungen, die die erforderliche Schwere für

⁷ BGBl. II 1952, S. 686; die derzeit geltende Fassung wurde am 17.5.2002 im BGBl. II, S. 1055 bekanntgemacht.

⁸ *Jens Meyer-Ladewig*, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Handkommentar, Baden-Baden 2003, Art. 3 Rn. 5. *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, § 20 Rn. 17 (vgl. auch Rn. 18-20), fordert, daß der Eingriff "eine bestimmte Schwere erreicht und eine Mißachtung der Person in ihrem Menschsein zum Ausdruck bringt". Sofern hier zusätzlich ein subjektives Element der Folter etc. verlangt wird, ist dies abzulehnen (vgl. aber auch *Grabenwarter* a.a.O., Rn. 19: "... auch ohne ... eine solche Absicht ... kann eine staatliche Maßnahme als unmenschliche Behandlung angesehen werden"), wenn sich auch derartige Ansätze in der politischen Diskussion und Rechtspraxis auffinden lassen, wie *Scheerer*, "Folter ist kein revolutionärer Kampfbegriff" (o. Fn. 3), S. 209 (223 f., 227 f., 233) und *Jan Philipp Reemtsma*, Zur politischen Semantik des Begriffs "Folter", in: *ders.*, Folter (o. Fn. 3), S. 239 ff., zeigen.

⁹ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 6. Ebenso *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 17, 18; *Frowein* in: *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, Kehl, 2. Aufl. 1996, Art. 3 Rn. 2, 5; zugleich in Rn. 2-6, 8, 17 eingehend zur Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK.

¹⁰ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 6; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 18.

¹¹ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 7; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 19.

¹² *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 18.

¹³ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 8; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 18.

¹⁴ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 8; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 20.

¹⁵ *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn 10; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8) § 20 Rn. 19.

einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK nicht erreichen, u.U. als eine Verletzung des Art. 8 EMRK anzusehen sind.¹⁶⁾

Verfassungsrechtlich läßt sich ein Folterverbot einerseits aus Art. 1 Abs. 1 (Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde durch alle staatliche Gewalt)¹⁷⁾ und aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 (Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit) GG ableiten¹⁸⁾, daneben postuliert aber Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich als sog. grundrechtsgleiches Recht ein Verbot seelischer oder körperlicher Mißhandlungen - sprich: der Folter - von Festgehaltenen¹⁹⁾. Die schrankenlose Regelung des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG geht dabei als speziellere Regelung der (mit einem einfachen Schrankenvorbehalt ausgestatteten) Regelung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor, und soweit das in Art. 1 Abs. 1 GG ausgedrückte Verbot, Menschen nur als Objekt staatlichen Handelns zu behandeln, bei der Auslegung des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG berücksichtigt wird, bedarf es daneben auch keines Rückgriffs auf Art. 1 Abs. 1 GG.

Für die folgende Untersuchung, bei der es um Fragen verbotener Vernehmungsmethoden geht, können wir uns mit einem auf die Fälle der Aussageerpressung verengten Begriffskern²⁰⁾ der Folter zufrieden geben, wenn auch - wie gezeigt - die rechtliche Ächtung der Folter hierüber hinausgeht.

Für das nationale (Strafverfahrens-)Recht enthält § 136a StGB ein entsprechendes Verbot der Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten u.a. "durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln [und] durch Quälerei" (§ 136a Abs. 1 S. 1 StPO). Ferner sind alle "Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen", untersagt (§ 136a Abs. 2 StPO). Dieses Verbot gilt nach § 136a Abs. 3 S. 1 StPO absolut, nämlich selbst bei einem Handeln mit Einwilligung des Beschuldigten, und wird dadurch abgesichert, daß "Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, [...] auch dann nicht verwertet werden [dürfen], wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt" (§ 136a Abs. 3 S. 2 StPO).

Jedenfalls soweit solch eine Erpressung einer Aussage im Rahmen eines Strafverfahrens zur Strafverfolgung erfolgt²¹⁾, ist sie nach § 343 StGB ein strafbedrohtes Verbrechen.

b) Die Kriterien der Folter

Folter als verbotene Vernehmungsmethode ist somit durch folgende Elemente gekennzeichnet²²⁾:

1. Die Anwendung oder auch bloße Androhung die Willensfreiheit erheblich beeinträchtigenden, im weiteren Sinne körperlich wirkenden Zwangs, der nicht unbedingt zu physischen oder psychischen "Körperverletzungen" im engeren Sinne führen muß, da neben dem Zufügen schwerer körperlicher oder geistig-seelischer Schmerzen oder Leiden etwa auch das Zuführen von Drogen zur Hebung der Aussagebereitschaft erfaßt wird;

¹⁶⁾ Meyer-Ladewig, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn 29.

¹⁷⁾ So Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg, 18. Aufl. 2003, Rn. 361; siehe dort auch den Fall "Das Entführungsdrama" vor Rn. 349 u. Rn. 366.

¹⁸⁾ So Jarass in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, München, 5. Aufl. 2002, Art. 2 Rn. 77.

¹⁹⁾ So Ingo von Münch, Staatsrecht II, Stuttgart, 5. Aufl. 2002, Rn. 341.

²⁰⁾ Hierzu Reemtsma, Zur politischen Semantik des Begriffs "Folter" (o. Fn. 8), S. 239 ff.

²¹⁾ Ob § 343 StGB auch eine im Zusammenhang mit einem Strafverfahren, aber zur Gefahrenabwehr auf polizeirechtlicher Grundlage erfolgende Aussageerpressung erfaßt, ist fraglich. Verneinend die herrschende Meinung, etwa Peter Cramer in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 26. Aufl. 2001, § 343 Rn. 2 f. Die meist (vgl. Heinz-Dieter Schreiber, Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot [Leserbrief], NJW H. 23/2003, S. XII [XIV]) angeführte Entscheidung BGHSt 6, 144 (145 f) besagt hierzu gerade nichts, da dort darauf abgestellt wird, daß die i.S.d. § 343 StGB a.F. angestellten Nachforschungen "lediglich", "nur" bzw. "bloß" zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes erfolgen. Im Fall *Daschner* lag aber ein sog. doppelfunktionales polizeiliches Handeln vor. Ungeachtet eines etwaigen Handlungsvorrangs zum Lebensschutz (dazu unten) beendet dieser weder das laufende Ermittlungsverfahren noch befreit er vom Ermittlungs- und Aufklärungsgrundsatz (vgl. § 163 Abs. 1 S. 1 StPO) aufgrund des sog. Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 2 StPO).

²²⁾ Vgl. Brugger (o. Fn. 3), Der Staat 1996, 67 (73); Scheerer, "Folter ist kein revolutionärer Kampfbegriff" (o. Fn. 2), S. 209 (213).

2. erfolgt die Anwendung oder Androhung dieser "besonderen" Vernehmungsmethode vorsätzlich mit
3. dem Ziel des Erlangens einer Aussage, nicht unbedingt eines Geständnisses, und
4. diese Übelszufügung bzw. -androhung erfolgt durch Amtsträger im Rahmen ihrer Strafverfolgungstätigkeit oder auch bei der Gefahrenabwehr.

c) Die Entstehung des Folterverbots - ein historischer Rückblick

Während die Folter im 7. Jahrhundert von der christlichen Kirche verboten worden war, wurde die Folter als Institution der gezielten Zufügung physischer oder psychischer Schmerzen zur Erzwingung einer Aussage 1253 in der Bulle "Ad extirpandam" Papst *Innozenz' IV.* (r. 1243-1254) wieder zugelassen, insbesondere im Verfahren der Inquisition, das kurz zuvor unter Papst *Gregor IX.* (r. 1227-1241) als Mittel der Ketzerbekämpfung eingeführt worden war. Auch in das weltliche Strafverfahren des hohen und vor allem späten Mittelalters, das - einhergehend mit der Übernahme des Inquisitionsverfahrens - für eine Verurteilung des Beschuldigten regelmäßig dessen Geständnis ("confessio") voraussetzte, fand die Androhung (sog. Territion) und Anwendung (sog. Tortur) der Folter als "peinliche Befragung" Eingang in den sog. gemeinen deutschen Strafprozeß und bestimmte maßgeblich mit dessen (der Suche nach der materiellen Wahrheit verpflichteten) Beweisverfahrens.²³

Im 14./15. Jahrhundert entwickelte dann erstmals die italienische Strafrechtswissenschaft Regeln zur Verhinderung des wahllosen Einsatzes der Folter. Diese fanden auch ihren Niederschlag in der "Constitutio Criminalis Carolina", der *Peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V.* von 1532, und später die "Constitutio Criminalis Theresiana", der *Peinlichen Gerichtsordnung Maria Theresias* von 1768, die - trotz Abkehr vom Inquisitionsprozeß - in "Beylagen"²⁴ genau die noch zulässigen Peinigungsarten (sog. Foltergrade) beschrieb. Unter dem Einfluß der Aufklärung²⁵ und der Einführung des reformierten deutschen Strafprozesses anstelle des Inquisitionsprozesses wurde infolge der Anerkennung der Zeugen- und Indizienbeweise die Bedeutung des Geständnisses zurückgedrängt und schließlich die Folter von der Mitte des 18. Jahrhunderts (1740/54 in Preußen, in Kursachsen zwischen 1770 und 1780, in Österreich 1776) bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts (zuletzt in Baden 1831) in allen deutschen Staaten abgeschafft.²⁶

Während des sog. Dritten Reichs wurde die Folter nicht nur als politisches Herrschaftsinstrument angewandt, sondern auch formal wieder im Strafverfahren eingeführt²⁷. Nicht zuletzt die Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Rechtsperversion führten nach dem Zweiten Weltkrieg zur internationalen Ächtung der Folter durch eine Vielzahl völkerrechtlicher Normen, daneben aber auch zu ihrem nationalen Verbot - etwa in § 136a StPO²⁸ - bis hin zur verfassungsrechtlichen Verpflichtung der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde als einem unabänderlichen Grundsatz der (bundes-)deutschen Verfassungsordnung (vgl. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG²⁹) und zu dem Verbot körperlicher und seelischer Mißhandlung Festgenommener in Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG.

²³ Zum Ganzen: *Reemtsma*, Zur politischen Semantik des Begriffs "Folter" (o. Fn. 8), S. 239 (250 f.).

²⁴ Als Reprint: *Folterwerkzeuge und ihre Anwendung 1769. Constitutio Criminalis Theresiana*, Leipzig 1985.

²⁵ Und dem einsetzenden Kampf gegen die Hexenprozesse; vgl. hierzu - auch zur Abschaffung der Folter - *Friedrich Spee von Langenfeld*, *Cautio Criminalis, seu de processibus contra saga liber. Ad Magistratus Germaniae, Rinteln 1631*. Bedeutender Vorkämpfer gegen die Folter war in Deutschland *Christian Thomasius*, dessen Schüler *Martin Bernhardt* in seiner "Dissertatio de tortura ex foris Christianorum proscribenda" von 1705 - ganz im Sinne seines Doktorvaters - die Folter als naturrechtswidrig bezeichnete und ausführte, daß die peinliche Frage allen Tyrannen als wirksames Mittel diene, unter dem Schein der Gerechtigkeit gegen ihre Untertanen zu wüten.

²⁶ Zum Ganzen: *Armin Forker*, *Constitutio Criminalis Theresiana - ein Beitrag zur Überwindung der Folter*, in: *Folterwerkzeuge und ihre Anwendung 1769* (o. Fn. 24), Einleitung.

²⁷ *Reemtsma*, Zur politischen Semantik des Begriffs "Folter" (o. Fn. 8), S. 239 (257).

²⁸ Durch das "Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts" vom 12.9.1950, BGBl. I, S. 455, 629.

²⁹ In der abweichenden Meinung zum sog. Abhörurteil (G 10; *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 u. 208/69 = *BVerfGE* 30, 1, 33 ff. [39]) wird von den Verfassern die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG ausdrücklich wegen Verletzung der Menschenwürde als Verbot der (Wieder-)Einführung "z.B. der Folter, des Schandpfahls und der Methoden des Dritten Reichs" angeführt. Ebenso *Heinz Düx*, Meinungen zur "Folterdiskussion", *ZRP* 2003, 180.

Die jüngeren deutschen Erfahrungen - letztlich mit zwei totalitären, Folter praktizierenden Herrschaftssystemen - führten nicht nur zu der einhelligen Ablehnung der Folter, sondern auch zu der Verfestigung des Tabus Folter, dessen Herausbildung bereits mit der Abschaffung der "Tortur" oder "peinlichen Frage" als (straf-)verfahrensrechtliches Mittel der Wahrheitsfindung eingesetzt hatte und zuletzt so weit reichte, daß der Vorwurf des Folterns dem Vorwurf rechtsstaatswidrigen Verhaltens gleichkam.³⁰

d) *Die Wirkungen der Folter*

Zur Verdeutlichung der menschen(würde)verachtenden Wirkung der Folter soll hier mit *Jean Améry* noch ein derart "Überwältigter" zu Wort kommen³¹: Schon die "simplen Schläge, die ja inkommensurabel sind mit der eigentlichen Tortur", sind für den "der sie erleidet, tief markierende Erlebnisse ... Ungeheuerlichkeiten. Der erste Schlag bringt dem Inhaftierten zum Bewußtsein, daß er *hilflos* ist - und damit enthält er alles Spätere schon im Keime. ... Ich weiß nicht, ob die Menschenwürde verliert, wer von Polizeileuten geprügelt wird. Doch bin ich sicher, daß er schon mit dem ersten Schlag, der auf ihn niedergeht, etwas einbüßt, was wir vielleicht vorläufig das *Weltvertrauen* nennen wollen: die Gewißheit, daß der andere aufgrund von geschriebenen oder ungeschriebenen Sozialkontrakten mich schont, genauer gesagt, daß er meinen physischen und damit auch metaphysischen Bestand respektiert. ... Mit dem ersten Schlag aber bricht dieses Weltvertrauen zusammen. Der andere, *gegen* den ich physisch in der Welt bin und *mit* dem ich nur solange sein kann, wie er meine Hautoberfläche als Grenze nicht tangiert, zwingt mir mit dem Schlag seine eigene Körperlichkeit auf. Er ist an mir und vernichtet mich damit."

2. Foltern - erlaubt?

Trotz aller Tabuisierung der Folter und gesamtgesellschaftlichen Einigkeit über deren grundsätzliches Verbotensein gab es - wie eingangs erwähnt - gleichwohl Überlegungen, ob die Folter nicht doch ausnahmsweise in extremen Gefahrenlagen zur Lebensrettung - nicht zur bloßen Geständniserpresung - zugelassen werden sollte, etwa bei terroristischen Bedrohungen oder schwerwiegenden Kapitalverbrechen.³²

2.1. Fallkonstellationen

a) *Der Fall Schleyer*

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Entführung des damaligen Arbeitgeberpräsidenten *Hanns Martin Schleyer* durch das sog. "Kommando Siegfried Hausner" der "Rote Armee Fraktion" am 5.9.1977, bei der vier Personen getötet wurden. Da die Bundesregierung - anders als Ende Februar 1975 im Fall der Entführung des Berliner CDU-Politikers *Peter Lorenz* - den Forderungen der Entführer, u.a. nach Freilassung von elf namentlich benannten, in Untersuchungs- oder Strafhaft einsitzenden Terroristen, nicht nachgab, wurde *Schleyer* schließlich durch seine Entführer ermordet³³. Dem Fall kommt vor

³⁰ Vgl. *Reemtsma*, Zur politischen Semantik des Begriffs "Folter" (o. Fn. 8), S. 239, insb. 244 ff. Ferner zu den "Tabubröchen" einer Rechtfertigung der Folter in der rechtswissenschaftlichen Literatur *Klaus Lüderssen*, Ein bössartiger Wellenkamm. Wird Folter wieder bedenkenswert?, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 25.2.2003.

³¹ *Jean Améry*, Jenseits von Schuld und Sühne. Bewältigungsversuche eines Überwältigten, München 1966, S. 50 (zitiert nach *Brugger* [o. Fn. 3], *Der Staat* 1996, 67 [68]).

³² Als "stets anzutreffende", "heute in der Rechtswissenschaft als Problem des 'rechtfertigenden Notstandes'" diskutierte Erscheinung bezeichnet *Wolfgang Schild* (Die Folter als rechtliches Beweisverfahren, in: *Justiz in alter Zeit*, Rothenburg o.d. T. 1989 [= Bd. VIc der Schriftenreihe des Mittelalterlichen Kriminalmuseums Rothenburg ob der Tauber], S. 241) die Aussageerpresung zur Gefahrenabwehr. Zu Ansätzen derartiger Rechtfertigung der Folter in der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe *Lüderssen* (o. Fn. 30), *SZ* v. 25.2.2003.

³³ Siehe hierzu die "Dokumentation zu den Ereignissen und Entscheidungen im Zusammenhang mit der Entführung von Hanns Martin Schleyer und der Lufthansa-Maschine 'Landshut'" des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung; erschienen auch als Taschenbuch (Dokumentation der Bundesregierung zur Entführung von Hanns Martin Schleyer, München 1977). - Zu den Rechtsfragen der (Freipressungs-)Fälle *Lorenz* und *Schleyer* siehe *Wilfried Küper*, Darf sich der Staat

liegend deshalb besondere Bedeutung zu, weil sich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Bundesregierung zu befassen hatte, mit der die Familie *Schleyer* die Bundesregierung zu der Erfüllung der Forderungen der Entführer verpflichten lassen wollte, um so - parallel zum Fall *Lorenz - Schleyers* Leben zu retten. Bekanntlich lehnte das Gericht den Antrag ab, wobei es grundlegende Feststellungen traf zu dem Umfang der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden umfassenden, staatlichen Pflicht, "sich schützend und fördernd vor [das menschliche] Leben zu stellen" und es angesichts terroristischer Bedrohung "vor allem auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren": Wenngleich sich diese Schutzpflicht "auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen" kann, so ist sie - so das BVerfG - im Falle "des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen dadurch gekennzeichnet, daß die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepaßt sein müssen. Sie können weder generell im voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden. Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger", weshalb eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel ausgeschlossen sei und die staatlichen Organe zur wirksamen Wahrnehmung ihrer Schutzpflicht(en) gewisser Handlungsfreiheit bedürften.³⁴ Die Ableitung einer uneingeschränkten staatlichen Handlungspflicht zur Lebensrettung, die etwa als letztes Mittel auch den Einsatz der Folter gegen einen Erpresser umfassen könnte, erscheint hiernach zweifelhaft.

b) *Die Entführungsfälle Hintze und von Metzler*

Bei der Entführung von *Matthias Hintze* im September 1997 - wie aus Erpressungsbriefen bekannt war, hatten die Täter ihr Opfer in einer Erdgrube vergraben - waren nach der alsbaldigen Festnahme der beiden Täter die polizeilichen Vernehmungen darauf gerichtet, den Aufenthaltsort *Hintzes* zu erfahren. Als schließlich einer der Entführer die Polizei zu dem Erdversteck führte, war *Matthias Hintze* schon gestorben.³⁵

Solch einen tragischen Ausgang wollte offenbar der Frankfurter Polizeivizepräsident *Wolfgang Daschner* Ende September des letzten Jahres nach der Entführung des Bankierssohnes *Jakob von Metzler* verhindern, weshalb er dem wenig später festgenommenen, dringend tatverdächtigen Jurastudenten *Magnus Gäfgen* am 1. Oktober 2002 die Zufügung unvergeßlicher Schmerzen androhen und parallel nach einem Wahrheitsserum suchen ließ, wobei er und seine Beamten offenbar auch zum Einsatz solch besonderer Vernehmungsmethoden bereit waren.³⁶

Wenn auch dieser konkrete Fall Anstoß für eine breite öffentliche Erörterung bisher nur akademischer Folterfälle war, so soll doch diese Untersuchung sich weniger mit diesem Fall, denn der allgemeinen Rechtsfrage der Anwendung an sich verbotener Vernehmungsmethoden zur Erlangung einer Täteraussage zur Gefahrenabwehr (und damit zumindest indirekt auch der Erlangung eines Geständnisses) befassen.

c) *Der Sachverhalt*³⁷

Verdeutlichen wir uns den hier zu beurteilenden Sachverhalt: Im Rahmen eines erpresserischen Menschenraubs (§ 239a StGB) oder einer Geiselnahme (§ 239b StGB) gelingt es den Strafverfolgungsorganen des - zumindest dringend verdächtigen - Täters habhaft zu werden. Sie möchte nun zur Abwehr der von ihm für ein oder mehrere Tatopfer geschaffenen und fortbestehenden lebensbedrohlichen Gefahren-

erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes, Karlsruhe 1986 (= H. 168 d. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe).

³⁴ BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 - 1 BvQ 5/1977 = BVerfGE 46, 160 (164 f.) - Schleyer.

³⁵ Vgl. *Brugger* (o. Fn. 3), JZ 2000, 165.

³⁶ Hierzu etwa DER TAGESSPIEGEL v. 18.2.2003 (<http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/18.02.2003/443027.asp> und <http://archiv.tagesspiegel.de/archiv/18.02.2003/443827.asp>) sowie DER SPIEGEL Nr. 9/2003 v. 24.2.2003, S. 22 ff., und FOCUS Nr. 9/2003 v. 24.2.2003, S. 52 f; einen Pressespiegel findet man unter <http://www.stop-torture.de/presse.html>.

³⁷ Ähnlich der Beispielsfall bei *Pieroth/Schlink*, Grundrechte (o. Fn. 17), vor Rn. 349 u. Rn. 366.

lage gleichsam den "Schlüssel" zur Gefahrenabwehr und damit zur Rettung des bzw. der Tatopfer(s) erhalten. In dieser Nötigungs- und Gefahrenlage haben die staatlichen Organe mehrere Handlungsmöglichkeiten, die sich - vereinfacht zusammengefaßt - wie folgt skizzieren lassen³⁸:

1. Sie wenden keine Folter zur Aussageerpressung an und ...
 - a) ... erfüllen die Forderungen, woraufhin der "Täter" vermutlich seine Gegenleistung erbringt, die wahrscheinlich zur Abwendung des angedrohten Übels führt.
 - b) ... erfüllen die Forderungen nicht, woraufhin wahrscheinlich das angedrohte Übel eintritt.
2. Sie wenden zur Aussageerpressung Foltermethoden an und ...
 - a) ... erlangen eine zutreffende Aussage mit der wahrscheinlichen Folge der (Noch-)Abwendbarkeit des angedrohten Übels.
 - b) ... erlangen keine oder eine unzutreffende Aussage durch den "hartnäckigen" Beschuldigten mit der wahrscheinlichen Folge des Eintretens des angedrohten Übels.

Die Beamten entscheiden sich für den zweiten Fall, die Aussageerpressung, wobei sie über die hierbei erlangte Aussage, auch wenn diese daneben als (erstes?) Geständnis zu werten ist, vor allem die Gefahrenlage beseitigen und so den Eintritt der angedrohten Übelszufügung abwehren wollen.

2.2. Die Rechtslage

Folteranwendung als präventives oder repressives Tätigwerden der Polizei?

Zwar existiert hier ein staatlicher Strafverfolgungsanspruch wegen zumindest versuchter und mit Strafe bedrohter Handlungen³⁹, daneben besteht aber die polizeiliche Aufgabe der Gefahrenabwehr. Nach welchen Kriterien in derartigen Fällen sog. doppelunktionaler (repressiver und präventiver) polizeilicher Maßnahmen die erforderliche Ermächtigungsgrundlage zu bestimmen ist, ist streitig: Aber sowohl nach dem Zweck und Schwergewicht der polizeilichen Tätigkeit aus der Sicht eines objektiven Beobachters wie auch nach der Intention der "folternden" Beamten urteilend dürfte hier die Gefahrenabwehr im Vordergrund stehen, zumal teilweise auch von einem Vorrang der Maßnahme(richtung) zum Schutz des höherrangigen Rechtsguts (z.B. Leib und Leben contra Strafverfolgung) gesprochen wird (dies schließt allerdings als Ausnahmefall auch ein gleichzeitiges präventives und repressives Vorgehen nicht aus).⁴⁰ Hier wird man zunächst von einem präventiv-polizeilichen Handeln ausgehen können⁴¹, so daß die Ermächtigungsgrundlage für die Aussagegewinnung im Polizeirecht zu suchen ist. Daneben bleibt aber der staatliche Strafverfolgungsauftrag (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO) bestehen und es wird zumindest über die Verwendung derart "polizeirechtlich" erlangter Daten im Strafverfahren zu befinden sein.

³⁸) Vgl. *Brugger* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (75).

³⁹) Abgesehen von der ggf. sich stellenden Frage des Versuchsbeginns (etwa hinsichtlich einer Tötungshandlung [u.U. durch Unterlassen]) wäre am konkreten Fall zu klären, inwieweit bei bloßer Androhung der Folter die Abwendung des Übels infolge einer derart "erpreßten" Mitwirkungshandlung des Täters trotz dessen Entdecktsein noch als *freiwillige* Rücktrittshandlung nach § 24 Abs. 1 S. 1 (2. Fall) bzw. S. 2 StGB anzusehen ist und der Täter somit noch teilweise Straffreiheit erlangen kann (zweifelhaft). Zumindest können derartige Bemühungen tätiger Reue sich strafmildernd auswirken, siehe auch §§ 239a Abs. 4, 239b Abs. 2 StGB.

⁴⁰) Zur Abgrenzung etwa *Josef König*, *Eingriffsrecht*, Stuttgart, 2. Aufl. 2001, Rn. 20 ff.; *Bernhard Kramer*, *Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren*, Stuttgart 5. Aufl. 2002, Rn. 108b, 108c u. 334c, 334d; *Thomas Würtenberger/Dirk Heckmann/Rainer Riggert*, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, Heidelberg, 5. Aufl. 2002, Rn. 188 ff.; sowie - kritisch zur h.M. - *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Heidelberg 2002, Rn. 422 ff. - Neben den Fragen des Rechtsschutzes, der Kosten und ggf. einer Entschädigung stellt sich hier u.U. das Problem der Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft; dazu *RiStBV Anl. A III*; *König* a.a.O., Rn. 39, 601; *Kramer* a.a.O., Rn. 334d; *Schenke* a.a.O., Rn. 413.

⁴¹) So auch *Brugger* (o. Fn. 3), *VBIBW* 1995, 446 m. Fn. 4, 5; *Olaf Miehe*, *Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot*, *NJW* 2003, 1219.

2.2.1. Polizeirechtliche Beurteilung

a) Staatliches Auskunftsrecht?

Die Befragung des Beschuldigten stellt eine Standardmaßnahme der Vernehmung (und Vorladung) nach § 18 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 6 S. 1 i.V. m. Abs. 5 Nr. 1 sächs. PolG bzw. §§ 20 Abs. 1, 27 Abs. 4 S. 1 u. Abs. 3 Nr. 1 bw. PolG sowie § 12 Abs. 1 u. 2 S. 1 u. 3 hess. SOG dar. Grundsätzlich besteht danach - außer zur Angabe der Personalien - zunächst keine Auskunftspflicht (arg. § 18 Abs. 6 S. 1 sächs. PolG).

Soweit es jedoch um die Abwehr einer "Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte" (= Fälle des § 18 Abs. 5 Nr. 1 sächs. PolG bzw. § 27 Abs. 3 Nr. 1 bw. PolG) geht, begründet das Gesetz eine erweiterte Auskunftspflicht (§ 18 Abs. 6 S. 1 sächs. PolG bzw. § 27 Abs. 4 S. 1 bw. PolG sowie § 12 Abs. 1 u. 2 S. 1 hess. SOG).

b) Recht auf Aussageverweigerung?

Dem kann aber der strafverfahrensrechtliche Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo-tenetur*-Grundsatz) und das hierauf gründende Aussage- und Auskunftverweigerungsrecht des Beschuldigten bzw. Zeugen nach § 136 Abs. 1 S. 2 und § 55 StPO (bzw. Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR) entgegenstehen. Zwar "droht" bei Kenntnis der Strafverfolgungsorgane von der Tat eigentlich keine weitere Strafverfolgung.⁴² Gleichwohl ist der Beschuldigte (wie Zeuge) zu keinerlei aktiver Mitwirkung an seiner Überführung, sei es auch nur durch die Wiederholung bereits "polizeibekannter" Daten, verpflichtet. Praktisch kommt dem Aussage-/Auskunftverweigerungsrecht allerdings hier Bedeutung nur hinsichtlich noch unbekanntem Rechtsgutsverletzungen oder tatrelevanten Umständen zu, so etwa bei einem - für die Polizei überraschenden - Geständnis der bereits erfolgten Tötung des Tatopfers.

Dieses Aussageverweigerungsrecht gilt wohl nicht nur, wie vom Regelungsgehalt und der Regelungskompetenz her denkbar, für das Strafverfahren, sondern darüber hinaus als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im Polizeirecht⁴³ - jedenfalls soweit ansonsten bei doppelfunktionalen Maßnahmen die strafverfahrensrechtliche Regelung ausgehebelt werden würde.⁴⁴ So wird durch § 18 Abs. 6 S. 2 sächs. PolG bzw. § 27 Abs. 4 S. 2 bw. PolG sowie § 12 Abs. 2 S. 2 hess. SOG das Auskunftverweigerungsrecht des § 55 StPO ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt.

Jedoch entfällt nach § 18 Abs. 6 S. 3 sächs. PolG bzw. § 12 Abs. 2 S. 3 hess. SOG das Aussageverweigerungsrecht, sofern "die Auskunft zur Abwehr einer Gefahr für Leben oder Freiheit einer Person oder einer erheblichen Gesundheitsgefahr zwingend erforderlich" ist (das bw. PolG kennt übrigens eine solche Einschränkung des Aussageverweigerungsrechts nicht). Somit verbleibt es nach dem sächs. PolG wie hess. SOG polizeirechtlich - anders als u.U. strafverfahrensrechtlich - bei der Auskunftspflicht.

c) (Un-)Verwertbarkeit der erlangten Beweise im Strafverfahren?

Damit stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit der so erlangten Beweismittel im Strafverfahren. Die Antwort liefern § 18 Abs. 6 S. 5 sächs. PolG sowie § 12 Abs. 2 S. 4 hess. SOG, die ein straf(verfahrens)rechtliches Verwertungsverbot begründen (sog. Zweckbindungsgebot), im übrigen dürfte ein solches aber hier auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Polizeirechts bestehen.⁴⁵

⁴² Nach *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (447); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (75), soll das Aussageverweigerungsrecht deshalb nicht eingreifen.

⁴³ Zur Frage eines Rückgriffs auf Regelungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts bei fehlender ausdrücklicher polizeirechtlicher Regelung *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht* (o. Fn. 40), Rn. 182, der eine analoge Anwendung der §§ 52 ff. StPO im Polizeirecht ausschließt, sich allerdings für ein strafprozessuales Verwertungsverbot "analog §§ 52 ff. StPO" hinsichtlich der aufgrund einer polizeirechtlichen Auskunftspflicht erteilten Auskünfte ausspricht.

⁴⁴ Ebenso *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (447); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (70 f.).

⁴⁵ Ebenso *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (447); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (70 f.); *Schenke*, *Polizei- u. Ordnungsrecht* (o. Fn. 40), Rn. 182. Den Ausführungen *Schenkes* in Fn. 318 zum sächs. PolG liegt offenbar noch die ältere sächsische Gesetzeslage zugrunde; zum geltenden sächsischen Recht etwa *Ulrich Rommelfanger/Peter Rimmel*, *Polizeigesetz des Freistaates Sachsen mit Erläuterungen und ergänzenden Vorschriften*, Stuttgart 1999, § 18 Rn. 36.

Darauf, wieweit dieses (polizeirechtlich begründete) strafverfahrensrechtliche Beweisverwertungsverbot reicht, gerade hinsichtlich hierdurch mittelbar erlangter Beweismittel (sog. Fernwirkungsproblematik), wird am Ende dieser Untersuchung noch kurz einzugehen sein.

d) Durchsetzung der Auskunftspflicht mit Polizeizwang?

Hier bleibt noch zu prüfen, ob diese Auskunftspflicht sich auch zwangsweise durchsetzen läßt. In Betracht käme die Anwendung unmittelbaren Zwangs nach §§ 30 ff sächs. PolG bzw. §§ 49 ff bw. PolG⁴⁶ sowie §§ 47 ff hess. SOG.

Jedoch verbieten § 18 Abs. 8 sächs. PolG bzw. § 35 Abs. 1 bw. PolG, ebenso § 52 Abs. 2 hess. SOG, ausdrücklich die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Herbeiführung einer Aussage. Im übrigen konstituieren § 18 Abs. 9 sächs. PolG bzw. § 35 Abs. 2 bw. PolG sowie § 12 Abs. 4 hess. SOG durch Verweis auf den entsprechend anzuwendenden § 136a StPO ebenfalls ein Folterverbot für präventiv-polizeiliche Vernehmungen - und verbieten auch insofern jede Zwangsanwendung.

e) Wertungswiderspruch im Hinblick auf den sog. polizeilichen finalen Todesschuß?

Da nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2 sächs. PolG bzw. § 54 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2 bw. PolG aber sogar ein (gezielter) tödlicher Schußwaffengebrauch gegen eine Person zulässig ist, "wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist", kann man insoweit an einen Wertungswiderspruch denken.

Diesen Ansatz verfolgt etwa *Brugger*, wenn er die Zulässigkeit der Zwangsanwendung im Wege einer teleologischen Reduktion des § 35 Abs. 1 u. 2 bw. PolG zu erreichen versucht: Es bestehe in dem abgestuften System staatlicher Zwangsanwendung nach dem Polizeigesetz für vorliegende Fallkonstellationen (zwar keine Formulierungslücke, wohl aber) eine Wertungslücke⁴⁷, die im Wege der Analogie⁴⁸ zum finalen Todesschuß zu lösen sei, weil für "den Fall einer klaren, gegenwärtigen und unvermeidbaren Lebens- und schwerwiegenden Gesundheitsbedrohung unschuldiger Menschen durch - einen gleichzeitig das Rettungsmittel beherrschenden - identifizierbaren Störer, ... eine normative Gleichstellung von Todesschuß und Aussagenerpressung als Rechtsfolge geboten [sei]", sich "der klare Wortlaut von § 35 bw. PolG für diesen Fall als fehlsam, ungerecht dar[stelle]"⁴⁹.

Da weiter unten bei der verfassungsrechtlichen Bewertung näher auf diesen Begründungsansatz einzugehen sein wird, soll es hier mit einem Verweis auf den spezifisch *polizeirechtlichen* Argumentationsansatz einer *einfachgesetzlich* begründeten Gesetzesrestriktion im Wege analoger Anwendung der Regelungen zum finalen Todesschuß sein Bewenden haben: Insofern vermag die Relativierung des absoluten Folterverbots angesichts des klaren Wortlauts der beiden entgegenstehenden Regelungen der § 18 Abs. 8 u. 9 sächs. PolG bzw. § 35 Abs. 1 u. 2 bw. PolG sowie §§ 12 Abs. 4; 52 Abs. 2 hess. SOG nicht zu überzeugen. Als Voraussetzungen einer Analogie sind weder eine Regelungslücke noch ein vergleichbarer Sachverhalt und mit der Ausnahmeregelung des Rettungsschusses auch keine analogiefähige Regelung gegeben. Die *rechtliche* Vergleichbarkeit des finalen Rettungs- oder Todesschusses und der Folteranwendung muß schon deshalb bezweifelt werden, da es bei letzterer um eine reine Instrumentalisierung des Täters zur Erlangung der erstrebten Aussage und nicht nur um die Neutralisierung einer von diesem ausgehenden Gefährdung geht (bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung wird sich insofern die - auch wertungsmäßig - rechtliche Unvergleichbarkeit erweisen). Zudem wäre hier der Todesschuß eben kein

⁴⁶ Nach § 31 Abs. 2 sächs. PolG und insbesondere § 50 Abs. 2 bw. PolG stellte sich zudem die Frage des zulässigen Hilfsmittels "körperlicher Gewalt[anwendung]".

⁴⁷ *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (448 f.); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (74); *ders.* (o. Fn. 3), *JZ* 2000, 165 (167).

⁴⁸ Infolge der Andersartigkeit der Folter zur Tötung scheidet ein Größenschluß aus; ebenso *Brugger* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (76 f., 78).

⁴⁹ *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (449). Zumindest terminologisch unangebracht ist es, wenn *Brugger* (o. Fn. 3), *FAZ* v. 10.3.2003, S. 8, in diesem Zusammenhang nicht nur von ungerechtem Recht, sondern gar von "Nicht-Recht" spricht.

Rettungsschuß und somit in der geschilderten Ausgangslage unzulässig: Es macht durchaus rechtlich und tatsächlich einen Unterschied, ob der Täter das Opfer direkt mit dem Finger am Abzug einer Pistole oder Handgranate bedroht oder ob das Opfer (andernorts) angesichts einer tickenden, durch den Täter scharf gemachten Bombe dem todbringenden Zeitablauf entgegensieht.⁵⁰

Im übrigen ist hier für den Fall von *Metzler* anzumerken, daß nach wohl vorherrschender Ansicht das hessische *Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung* mangels einer ausdrücklichen Regelung gerade keine Ermächtigung für den finalen Todesschuß enthält⁵¹. Die hierzu ergangene Verwaltungsvorschrift kann schon aus Gründen der Normenhierarchie keine dem Gesetzesvorbehalt genügende Ermächtigungsgrundlage abgeben.⁵²

2.2.2. Strafrechtliche Beurteilung

Scheitert demnach eine polizeirechtliche Rechtfertigung an der fehlenden Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Durchsetzung der Auskunftspflicht, so ist zu prüfen, ob diese Zwanganwendung nicht (doch) strafrechtlich legitimiert werden kann.

a) *Das strafverfahrensrechtliche Folterverbot (§ 136a StPO)*

Dabei ist nochmals auf das unstreitig⁵³ absolut geltende strafverfahrensrechtliche Folterverbot des § 136a StPO hinzuweisen, und daß bei der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden ein strafverfahrensrechtliches Beweisverwertungsverbot eingreift (selbst wenn der Betroffene zustimmen sollte, § 136a Abs. 3 StPO).

b) *Rechtfertigung durch Notwehr oder Notstand?*

Zu klären bleibt die Inanspruchnahme strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe (§§ 32, 34 StGB) durch die handelnden Polizeibeamten. Neben der - wegen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts erforderlichen - Suche nach einer *Eingriffsgrundlage* stellt sich - unter Umständen daneben - die Frage individueller Verantwortlichkeit der Handelnden angesichts der vorsätzlichen Verwirklichung des Tatbestands der Aussageerpressung bzw. Nötigung, Körperverletzung u.s.w.

aa) *Anwendbarkeit strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe als Eingriffsgrundlage?*

Es ist überaus streitig, ob sich staatliche Amtsträger bei der Vornahme von Amtshandlungen auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe als eine Eingriffsgrundlage für Verteidigungs- oder Rettungsmaßnahmen berufen können, zumal wenn die einschlägigen dienstlichen Ermächtigungsgrundlagen nicht nur nicht greifen, sondern sogar ausdrücklich - wie hier - ein amtliches Handeln untersagen:

In dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum wird bei der (allgemeinen) Frage der Berufung von Amtsträgern auf Notwehr- bzw. Notstandsrechte als Eingriffsrechtfertigung überwiegend davon ausgegangen, daß jedes hoheitliche Handeln, durch das in die Grundrechte der Bürger eingegriffen wird, einer *besonderen* gesetzlichen Ermächtigung bedarf und demnach staatliche Vollzugshandlungen nur im Rahmen der speziellen (meist engeren) öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse zulässig sind (sog. polizeirecht-

⁵⁰ Vgl. das Gedankenexperiment *Bruggers* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (448); *ders.* (o. Fn. 3), JZ 2000, 165 (168).

⁵¹ Ein Rückgriff auf die allgemeine Regelung des § 60 Abs. 2 hess. SOG ("angriffs- und fluchtunfähig machen") scheidet insofern aus; ebenso *Gerhard Hornmann*, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG). Kommentar, München 1997, § 60 Rn. 10; *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, München 2002, § 20 Rn. 20; *Schenke*, Polizei- u. Ordnungsrecht (o. Fn. 40), Rn. 561; a.A. *Kurt Meixner*, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) mit Erläuterungen und ergänzenden Vorschriften, Stuttgart, 8. Aufl. 1998, § 60 Rn. 8 f.

⁵² *Hornmann*, HSOG (o. Fn. 51), § 60 Rn. 18 f.

⁵³ So auch die Befürworter einer Ausnahme vom Folterverbot, etwa *Brugger* (o. Fn. 3), F.A.Z. v. 10.3.2003 S. 8; *Miehe* (o. Fn. 41), NJW 2003, 1219 (1220); *Schreiber* (o. Fn. 21), NJW H. 23/2003, S. XII; *Friedrich-Christian Schroeder*, Meinungen zur "Folterdiskussion", ZRP 2003, 180.

liche oder öffentlich-rechtliche Lösung⁵⁴). Allerdings wird insofern meist angenommen, den Amtsträger treffe bei Vorliegen der Rechtfertigungsvoraussetzungen keine (persönliche) strafrechtliche Verantwortlichkeit (sog. differenzierende Lösung⁵⁵).

Nach der in der strafrechtlichen Literatur wohl vorherrschenden Auffassung können sich Amtsträger auf die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe auch als Eingriffsrechte berufen, dies nicht nur zur ("privaten") Selbstverteidigung, sondern auch zur Verteidigung anderer oder zur Gefahrenabwehr. Denn was jedem Bürger zugestanden werde, könne dem Amtsträger nicht verwehrt werden (sog. strafrechtliche Lösung⁵⁶). Allerdings findet sich hier regelmäßig die Einschränkung, daß dies nur gilt, soweit öffentlich-rechtliche Spezialregelungen den Sachverhalt nicht abschließend erfassen.⁵⁷ Solch eine Sperrwirkung dürften vorliegend aber einerseits das abgestufte Regelungssystem der polizeirechtlichen Zwangsmaßnahmen und andererseits die - wie gezeigt auch polizeirechtlich beachtlichen - strafrechtlichen Verbotsnormen der §§ 136a StPO, 343 StGB entfalten⁵⁸: Nicht zuletzt infolge der ausdrücklichen Handlungsverbote in § 18 Abs. 8 u. 9 sächs. PolG; 35 Abs. 1 u. 2 bw. PolG; 12 Abs. 4, 52 Abs. 2 hess. SOG erscheint - anders als bei einer gänzlich fehlenden oder tatbestandlich begrenzten Eingriffsbefugnis - der sog. strafrechtliche Lösungsansatz daher hier kaum vertretbar.

Von einem näheren Eingehen auf die Streitfrage⁵⁹ kann vorliegend abgesehen werden, wenn bei Anwendung der Notwehr- bzw. Notstandsregeln überhaupt keine Rechtfertigung erreicht werden kann, weil deren Voraussetzungen nicht vorliegen.

bb) Gebotensein der Notwehr- bzw. Angemessenheit des Notstandshandlung?

Folgt man der differenzierenden oder der strafrechtlichen Lösung, so müßte eine durch den Täter zurechenbar verursachte (unmittelbar!) bevorstehende weitere oder fortbestehende Rechtsgutsverletzung gegeben sein und als "gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" eine Notwehrlage begründen bzw. - sofern es einer weiteren Zuspitzung erst noch bedürfte - u.U. eine i.S.d. rechtfertigenden Notstandes bereits "gegenwärtige, nicht anders abwendbare" (!) (Dauer-) Gefahrenlage bestehen, zu deren Abwendung das Foltern als Verteidigungshandlung "erforderlich" (§ 32 StGB) bzw. das Foltern durch schützenswerte, wesentlich überwiegende (!) Interessen als Notstandshandlung legitimiert (§ 34 StGB), daneben aber auch sozialethisch geboten (§ 32 StGB) bzw. angemessen (§ 34 StGB)⁶⁰ sein müßte. Insoweit kommt gerade den auf das einfache Recht ausstrahlenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen sowie innerstaatlich zu beachtenden völkerrechtlichen Regelungen maßgebliche Bedeutung zu. Deshalb ist mit der verfassungsrechtlichen (und völkerrechtlichen) Beurteilung fortzufahren.

⁵⁴ So auch *Brugger* (o. Fn. 3), JZ 2000, 165 (168). Eingehend - allerdings aus der strafrechtlichen Literatur - etwa *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 2. Aufl. 1991, Kap. 12 Rn. 41 ff. u. Kap. 13 Rn. 42.

⁵⁵ *Reinhard Riegel*, §§ 32, 34 StGB als hoheitliche Befugnisgrundlage?, NVwZ 1985, 639 (640); *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- u. Ordnungsrecht (o. Fn. 51), § 12 Rn. 22 ff.; *Schenke*, Polizei- u. Ordnungsrecht (o. Fn. 40), Rn. 562; *Württemberg/Heckmann/Riggert*, Polizeirecht (o. Fn. 40), Rn. 82. Aus dem strafrechtlichen Schrifttum ebenso *Günther* in: *Hans-Joachim Rudolphi/Eckhard Horn/Erich Samson/Hans-Ludwig Günther*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 32 Rn. 16 ff., der den strafrechtlich sich ergebenden Normwiderspruch zwischen einer Rechtfertigung nach § 32 StGB und dem gleichzeitig (wegen der fehlenden Eingriffsbefugnis) berechtigten Widerstandsleisten nach § 113 Abs. 3 StGB erkennt, diesen aber "ad personam" für lösbar hält, wobei jedoch die Möglichkeit einer disziplinarrechtlichen Ahndung bestehen bleibe.

⁵⁶ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 23.7.1977 - 1 BJs 80/77, StB 215/77 = BGHSt 27, 260; *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts (o. Fn. 40), Rn. 180; *Kristian Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 4. Aufl. 2002, § 7 Rn. 153 f.; *Johannes Wessels/Werner Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg, 32. Aufl. 2002, Rn. 288 f.; *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB (o. Fn. 21), § 32 Rn. 42a ff.

⁵⁷ So etwa *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil (o. Fn. 56), Rn. 288 f.

⁵⁸ A.A. *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (453 ff.).

⁵⁹ Siehe dazu etwa die Darstellung bei *Thomas Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, Neuwied, 10. Aufl. 2002, S. 32 ff.; *Küper*, Darf der Staat sich erpressen lassen? (o. Fn. 3), S. 77 ff.

⁶⁰ Auch *Miehe* (o. Fn. 41), NJW 2003, 1219 (1220), verortet die Folterproblematik in der Angemessenheit. Sie stellt somit einen (weiteren) Fall rechtlicher bzw. sozialethischer Einschränkungen der Notrechte dar.

2.2.3. Verfassungsrechtliche Beurteilung

a) Schutzbereichsverletzung (Grundrechtseingriff)

Wie eingangs gezeigt, ergibt sich ein verfassungsrechtliches Verbot seelischer oder körperlicher Mißhandlungen von Festgehaltenen aus Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, das durch die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt wird und dem Abwehrrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vorgeht.

Das bewußte Zufügen schwerer Schmerzen zum Zwecke der Brechung des Willens einer Person stellt einerseits solch eine üble, unangemessene Behandlung, also körperliche Mißhandlung dar, zum anderen macht es den Festgenommenen im Sinne der Objektformel zum Objekt staatlichen Handelns und ist somit nach Art. 104 Abs. 1 S. 2 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1) GG unzweifelhaft verboten⁶¹. Da ferner nur angedroht werden darf, was rechtmäßig durchgeführt werden kann (vgl. § 136a Abs. 1 S. 2 u. 3 StPO)⁶², verstößt schon das bloße Androhen solcher Maßnahmen - sofern es nicht ohnehin zur Zufügung seelischer Schmerzen führt - gegen Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG. Im übrigen ist die Verabreichung einer "Wahrheitsdroge" im Hinblick auf die (über eine körperliche Einwirkung) erfolgende Beeinträchtigung der freien Willensbildung als seelische Mißhandlung zu bewerten.⁶³

b) Zulässigkeit der Schrankenziehung?

Das Grundgesetz kennt für Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG keinen Schrankenvorbehalt. Die insofern gegebene Schrankenlosigkeit des Folterverbots wird durch dessen Rückhalt in Art. 1 Abs. 1 GG noch verstärkt. Denn nach vorherrschender Ansicht ist die Menschenwürde als "Verfassungshöchstwert"⁶⁴ prinzipiell uneinschränkbar. Jeder Eingriff in die Menschenwürde stellt hiernach zugleich eine - nicht zu rechtfertigende verfassungswidrige Grundrechtsverletzung dar.⁶⁵ Damit ergibt sich - erst recht soweit für das Folterverbot unmittelbar auf Art. 1 Abs. 1 GG abgestellt wird - nach herrschender Meinung ein umfassendes, d.h. absolut geltendes verfassungsrechtliches Folterverbot.⁶⁶

c) Schrankenziehung: Ausgangssituation

Soweit gleichwohl mit der Mindermeinung - wie sonst bei schrankenlos gewährleisteten Grundrechten - eine Schrankenziehung durch kollidierendes Verfassungsrecht zugelassen wird⁶⁷, kommt eine Kollision der körperlichen Unversehrtheit und Handlungs-/Willensfreiheit sowie insbesondere der Menschenwürde des Beschuldigten (Artt. 2 Abs. 2 S. 1 u. Abs. 1; 1 Abs. 1 GG) mit der körperlichen Unversehrtheit bzw. dem Leben, ggf. der Freiheit und daneben u.U. auch der Menschenwürde des/der Opfer(s)

⁶¹ Vgl. die abweichende Meinung in BVerfGE 30, 1/33 ff. (39) - Abhörurteil / G 10.

⁶² Siehe ferner zum Polizeirecht König, Eingriffsrecht (o. Fn. 40), Rn. 607; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht (o. Fn. 40), Rn. 546.

⁶³ Ebenso Brugger (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (449 Fn. 40) im Anschluß an Philip Kunig in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetzkommentar Bd. 3, München, 5. Aufl. 2003, Art. 104 Rn. 14.

⁶⁴ BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 - 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32 (41) - Elfes; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG (o. Fn. 18), Art. 1 Rn. 2.

⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 3.6.1987 - 1 BvR 313/85 = BVerfGE 75, 369 (380) - F. J. Strauß-Karikatur; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 - 1 BvR 1476, 1980/91 u. 102, 221/92 = BVerfGE 93, 266 (293) - "Soldaten - Mörder"; Pieroth/Schlink, Grundrechte (o. Fn. 17), Rn. 365 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG (o. Fn. 18), Art. 1 Rn. 4, 12; a.A. Brugger (o. Fn. 3), Der Staat 1996, 67 (72, 79).

⁶⁶ So ist nach Pieroth/Schlink, Grundrechte (o. Fn. 17), Rn. 366, 399 f., unmittelbarer Zwang gegen den Festgenommenen in keinem Fall zu rechtfertigen. Ähnlich die abweichende Meinung in BVerfGE 30, 1/33 ff. (39) - Abhörurteil / G 10.

⁶⁷ Siehe hierzu die Ansätze von Starck in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar. Bd. 1, München, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 71 (insofern zur Zulässigkeit präventiv-polizeilichen Folter gelangend, siehe aber auch Rn. 46 zum Verbot strafprozessualer Folter); PhilipKunig in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetzkommentar Bd. 1, München, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn. 4. Vgl. auch Karl Doehring, "Es gibt keine unbegrenzten Rechte", in: FOCUS Online v. 25.2.2003, <http://focus.msn.de/G/GN/gn.htm?snr=117151&streamsnr=7>, der eine Rechtfertigung durch übergesetzlichen Notstand nicht ausschließt, sofern "vollkommene Klarheit" über die Abwendbarkeit der Gefahr durch die erpreßte Aussage bestehe.

der Straftat (Artt. 2 Abs. 2 S. 1 u. 2; 1 Abs. 1 GG) in Betracht, wobei sich mit der Frage der jeweiligen Grundrechtswertigkeit bzw. des Grundrechtsranges sogleich das Problem stellt, ob *im Ergebnis* ein Eingriff überhaupt zu rechtfertigen ist.

Vertretbar erscheint eine Rechtfertigung allenfalls bei einem auf beiden Seiten gegebenen Eingriff in die Menschenwürde: Dieser bestünde im Sinne der gebräuchlichen Objektformel auf Seiten des Tatopfers weniger in dessen Degradierung zum Mittel der Zweckerreichung durch den Beschuldigten (was verfassungsrechtlich die Anerkennung einer zumindest mittelbaren Grundrechts[dritt]wirkung voraussetzte), als vielmehr in der Annahme einer Verpflichtung des Staates zum effektiven Schutz der (Grund-)Rechtsgüter des Tatopfers. Denn bei Verletzung dieser staatlichen Schutzpflicht trotz gegebener Handlungsmöglichkeit machte der Staat durch sein Nichthandeln das Tatopfer auch zum "Objekt" (s)einer staatlichen Entscheidung.

d) Bestehen einer staatlichen Schutzpflicht für das/die Opfer?

Daß nicht zuletzt aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols für den Staat Schutzpflichten gegenüber dem einzelnen (als auch der Gesamtheit) erwachsen können und die Grundrechte somit neben der Abwehr- auch eine Schutzfunktion umfassen, ist gerade beim Schutz des Lebens als einem verfassungsrechtlichen Höchstwert - wie oben gezeigt - allgemein anerkannt.⁶⁸ Dabei kann sich aus verfassungsrechtlichen Schutzpflichten ausnahmsweise, "wenn sonst die staatlichen Organe die ihnen nach dem Grundgesetz und der verfassungsmäßigen Ordnung obliegenden Aufgaben nicht mehr sachgerecht wahrnehmen können", auch unmittelbar eine Eingriffsbefugnis und -pflicht, sogar für uneinschränkbare Grundrechte, ergeben.⁶⁹

e) Schrankenziehung: Güterabwägung

Hieran anknüpfend will *Brugger* in seinem Terroristen-Fall (ähnlich wie bei seiner polizeirechtlichen Argumentation) auch auf verfassungsrechtlicher Ebene eine Einschränkung des absoluten Folterverbots erreichen: Erkennend, daß angesichts der Schwere des Eingriffs in die Menschenwürde des Beschuldigten eine Rechtfertigung wohl nur über ein Abstellen auf die Koppelung von Würde und Leben der Tatopfer und insofern die Aktualisierung einer staatlichen Schutzpflicht erreichbar ist, stellt er darauf ab, daß bei der verfassungsrechtlichen Bewertung das (durch den Staat) zu schützende Leben des Opfers teilhabe an dem verfassungsrechtlichen Rang seiner (mittelbar tangierten) Würde, so daß gegenüber der Würde und der körperlichen Unversehrtheit des Beschuldigten, in die beide im Falle staatlicher Folter (unmittelbar) eingegriffen werde, zumindest ein Gleichstand, wenn nicht ein Überwiegen der Opferinteressen erreichbar sei. Zudem sei einerseits der Beschuldigte für die von ihm geschaffene Gefahrenlage verantwortlich sowie zu deren Beseitigung verpflichtet und hierzu auch (nur er!) durch seine Aussage in der Lage. Damit sei er, anders als bei repressiver Folter, bei gefahrenabwehrender Aussageerpressung dem Staat nicht hilflos ausgeliefert und somit eine abweichende rechtliche Wertung möglich. Andererseits sei die Hinnahme der Gefahr durch die - in seinem Ausgangsfall große Zahl der - Opfer unvertretbar und insofern der Staat, auch um sich selbst und die Inanspruchnahme seines Gewaltmonopols nicht aufzugeben bzw. um einen Aufstand oder Selbstjustiz der Opfer zu vermeiden, zu einem Eingriff berechtigt und, *soweit* sich dieser im Einzelfall als verhältnismäßig darstellt, auch verpflichtet. Das einfach- wie verfassungsrechtlich bestehende Wertungsproblem sei im Sinne des "Urzustandes" der individuellen Notrechte zu lösen, hierzu der Anwendungsbereich entgegenstehender Normen im Wege teleologischer Reduktion einzuschränken.⁷⁰

⁶⁸) Grundlegend *BVerfG*, Urt. v. 25.2.1975 - 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 = *BVerfGE* 39, 1 (41 f.) - Schwangerschaftsabbruch I. Allgemein zu den Schutzpflichten etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte (o. Fn. 17), Rn. 88 ff.

⁶⁹) Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 1.8.1978 - 2 BvR 1013, 1019, 1034/77 = *BVerfGE* 49, 24 (55 f.) - Kontaktsperre.

⁷⁰) Vgl. *Brugger* (o. Fn. 3), *VBIBW* 1995, 446 (449 f.); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (78 ff.); *ders.* (o. Fn. 3), *FAZ* v. 10.3.2003, S. 8.

Zunächst begegnet das "Hochziehen" des Lebensrechts zum Rang der Menschenwürde ebenso Bedenken wie die Verabsolutierung der Schutzpflicht, ganz abgesehen von der übersehenen Berücksichtigung, wie sich die im Einzelfall gegebene Beeinträchtigung der Menschenwürde rechtlich darstellt. Wie das BVerfG in der sog. *Schleyer*-Entscheidung ausgeführt hat⁷¹, ist die "umfassende" staatliche Schutzpflicht keinesfalls eine absolute. Dem einzelnen kann aus gesamtgesellschaftlichen Gründen durchaus eine persönliche Aufopferung zugemutet werden, wenn anderenfalls das Gemeinwesen erheblichen Schaden nehmen kann. Ferner ist einzuwenden, daß die Schutzpflichtdimension der Grundrechte gegenüber der Abwehrdimension schwächer ausgeprägt ist und nach überwiegender Auffassung das Leben nur *einen*, nicht aber *den* Höchstwert unserer Verfassungsordnung darstellt⁷²; dieser kommt der Menschenwürde zu, die im Fall der Folter des Beschuldigten unmittelbar tangiert ist. Trotz des engen Zusammenhangs von Würde und Leben, wobei letzteres "nur" eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Würde ist, müssen offenbar - wie in dem Terroristen-Fall *Bruggers* - zusätzliche Umstände hinzukommen, um den Lebensschutz gegenüber der Menschenwürde überwiegen zu lassen. Dabei lassen sich im Rahmen einer Abwägung neben *Bruggers* gesellschaftsvertraglichen Überlegungen zum Gewaltmonopol und den individuellen wie staatlichen Notrechten ohne weiteres aus dem Rechtsstaatsprinzip gewichtige Argumente für ein Folterverbot gegenüberstellen. Die von *Brugger* unterstellten "vor"staatlichen Notrechte des einzelnen können zudem weiter sein als die staatlichen; sie können - wie oben angesprochen - keinesfalls ohne weiteres für staatliches Handeln in Anspruch genommen werden. (Das kann allerdings nicht heißen, von der hoheitlichen die "Flucht" hin zu der privaten Aussageerpressung anzutreten, denn die Notrechte des einzelnen können wiederum gerade im freiheitlich rechtsstaatlichen Verfassungsstaat - nicht zuletzt aufgrund staatlicher Schutzpflichten - begrenzt sein.) Weiterhin ist zu den Analogieüberlegungen zum finalen tödlichen Schußwaffeneinsatz noch folgendes hervorzuheben: Wenn durch diesen dem Täter auch das Leben genommen wird, so ist die Zweckrichtung dieses polizeilichen Handelns doch - anders als bei der Folteranwendung - nicht die Verletzung seiner Menschenwürde⁷³ (und eine solche soll durch das ausdrückliche Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden gerade ausgeschlossen werden). Auch stellte ein Nichtfoltern und insofern "Hinnehmen" der Erpressung keine gezielte (dem Staat zurechenbare) Menschenwürdeverletzung des/der Opfer dar. Hingegen bedeutete die Aufgabe des absolut geltenden Folterverbots eine grundsätzliche Infragestellung des Rechtsstaates und der Anerkennung individueller Menschenrechte und Grundfreiheiten. Die verfassungsrechtlichen Wertungen, die für ein absolutes staatliches Folterverbot sprechen, erscheinen mir hiernach durchaus nicht "ungerecht".

Wie und ob hier die widerstreitenden Verfassungsgüter im Wege der Interessenabwägung einer "harmonischen Konkordanz" zugeführt werden können oder ob nicht doch eines hinter dem/den anderen zurückzutreten hat, kann allerdings nur im konkreten Einzelfall entschieden werden.

f) *Zwischenergebnis*

Wenngleich im Ergebnis eine Rechtfertigung von Folter und (womöglich erst recht) deren (bloße) Androhung zum Schutz anderen Lebens in besonderen Lagen nach Überwindung einer Reihe rechtsdogmatischer Hürden verfassungsrechtlich noch *denkbar* erscheint, so doch nur für extreme Ausnahmesituationen, zu denen die Fälle *Schleyer*, *Hintze* oder auch *von Metzler* meines Erachtens

⁷¹⁾ BVerfGE 46, 160 (164 f.) - Schleyer.

⁷²⁾ Das Leben stellt innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung nach h.M. nur "einen Höchstwert" dar (BVerfGE 39, 1 [42] - Schwangerschaftsabbruch I; 49, 24 [53] - Kontaktsperre; vgl. zur Lebensschutzpflicht auch BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 - 2 BvF 2/90, 4, 5/92 = BVerfGE 88, 203 [251 ff] - Schwangerschaftsabbruch II, und zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des finalen Todesschusses *Kunig* in: *von Münch/Kunig*, GGK Bd. 1 [o. Fn. 67], Art. 2 Rn. 85 ff.). A.A. *Schreiber* (o. Fn. 21), NJW H. 23/2003, S. XII (XIV).

⁷³⁾ Ebenso *Michael Pawlik*, Deutschland, ein Schurkenstaat?, in FAZ Nr. 51 v. 1.3.2003, S. 35.

unzweifelhaft *nicht* zu zählen sind⁷⁴, gerade auch wegen der nur für das einzelne Tatopfer bestehenden Lebensgefahr (und dies obwohl Menschenleben nicht gegeneinander abgewogen werden können).

2.2.4. Völkerrechtliche Beurteilung

Einzugehen bleibt noch näher auf die eingangs bereits skizzierte völkerrechtliche Rechtslage, da dieser zumindest über die innerstaatliche Adoption oder Transformation völkerrechtlicher Verpflichtungen Bedeutung zukommt. So sind angesichts der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes⁷⁵ (vgl. Präambel, Artt. 25, 100 Abs. 2, 24 Abs. 3, 9 Abs. 2 GG) die die Bundesrepublik Deutschland bindenden völkerrechtlichen Wertentscheidungen bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts zu berücksichtigen.

a) Die völkerrechtlichen Gewährleistungen

Die internationale Ächtung der Folter gründet u.a. auf

- Art. 5 der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (AEMR) der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948,
- Art. 3 der *Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (EMRK) vom 4.11.1950, auch im Zusammenhang mit dem *Europäischen Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* vom 26.11.1987⁷⁶,
- Artt. 7 Abs. 1, 10 Abs. 1 des *Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte* (IPBPR) vom 19.12.1966,
- Artt. 1, 2, 4 des *(UN-)Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe* (UN-Folterkonvention) vom 10.12.1984.

Sie ist, wie Artt. 15 EMRK, 4 Abs. 2 IPBPR, 2 Abs. 2 UN-Folterkonvention zeigen, ausdrücklich "notstandsfest". Das völkerrechtliche Verbot der Folter sowie unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung stellt zudem mittlerweile Völkergewohnheitsrecht dar⁷⁷ und zählt wohl sogar zum zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*)⁷⁸, dem sich kein Staat entziehen und dessen Verletzung jeder Staat geltend machen kann (sog. *erga-omnes-Wirkung*).

b) Innerstaatliche Vorrangstellung eines völkergewohnheitsrechtlichen Folterverbots

Soweit mit der vorherrschenden Meinung ein völkergewohnheitsrechtliches Folterverbot bejaht wird, wirkt dieses über Art. 25 S. 1 GG⁷⁹ auch auf die nationale Rechtsordnung ein und geht als eine in das Bundesrecht transformierte oder adoptierte "allgemeine Regel des Völkerrechts" sogar "den Gesetzen vor", was jedenfalls gegenüber den "einfachen" Gesetzen gilt⁸⁰. Insoweit ist eine Begründung einer teleologischen Reduktion des Folterverbots auf der Ebene des einfachen (Polizei- oder Straf-) Rechts überaus zweifelhaft, und auch für eine verfassungsrechtliche Legitimierung der Folter bedürfte es zudem näherer Darlegung, warum das völkerrechtliche Folterverbot relativiert und das verfassungsrechtliche Gebot völkerrechtskonformer bzw. -freundlicher Gesetzesauslegung womöglich mißachtet werden soll und kann.

Ob das völkerrechtlich an sich "notstandsfeste" Folterverbot sich aufbrechen läßt, sei nun anhand der EMRK untersucht, die im übrigen innerstaatlich (zumindest) im Range eines einfachen Bundesgesetzes

⁷⁴ Siehe hierzu auch die Einschränkungen *Bruggers* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (450 Fn. 58); *Der Staat* 1996, 67 (74 Fn. 20; 80 f. m.w.N. in Fn. 36, 38, 40).

⁷⁵ *Jarass* in: *Jarass/Piero*, GG (o. Fn. 18), Art. 25 Rn. 4.

⁷⁶ BGBl. 1989 II, S. 946.

⁷⁷ *Karl Doehring*, Völkerrecht, Heidelberg 1999; *von Münch*, Staatsrecht II (o. Fn. 19), Rn. 79.

⁷⁸ *Wolfgang Graf Vitzthum* in: *ders.* (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin, 2. Aufl. 2001, 1. Abschn. Rn. 13 Fn. 28.

⁷⁹ So auch *Düx* (o. Fn. 29), ZRP 2003, 180.

⁸⁰ *Jarass* in: *Jarass/Piero*, GG (o. Fn. 18), Art. 25 Rn. 12.

gilt⁸¹. Die Ausführungen zur EMRK lassen sich dabei grundsätzlich auch auf die entsprechenden anderen völkerrechtlichen Gewährleistungen übertragen.

c) *Rechtslage nach der EMRK*

Wie bereits erwähnt, ist das in der EMRK enthaltene Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung absolut und läßt "auch für den Fall einer Gefahr für das Leben anderer Menschen oder die Existenz einer Gemeinschaft" keine Ausnahmen zu.⁸² Es enthält neben der an den Staat gerichteten negativen Unterlassungspflicht, nicht zu foltern, allerdings auch eine positive staatliche Handlungspflicht, nämlich Maßnahmen zu treffen, daß Personen, die seiner Hoheitsgewalt unterstehen, nicht gefoltert oder unmenschlich oder erniedrigend behandelt werden, auch nicht durch Private.⁸³

Wenn auch nach der Rechtsprechung des EGMR über Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK ein gezielter Totschuß als Notwehr- oder Nothilfehandlung gerechtfertigt sein kann und weiterhin aus der Gewährleistung des Rechts auf Leben in Art. 2 Abs. 1 EMRK sich eine staatliche Schutzpflicht ableiten läßt⁸⁴, so ist gleichwohl fraglich, ob insofern auf internationaler Ebene sich ähnlich wie im Verfassungsrecht relativierend argumentieren läßt. Immerhin wird gerade wegen der engen Rechtfertigungsvoraussetzungen einer Tötung nach Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK sogar teilweise eine Anpassung, sprich: Einschränkung des nationalen Notwehr- und Notstandsrechts (§§ 32, 34; 35 StGB) gefordert, um den europäischen Vorgaben zu entsprechen.⁸⁵

Richtigerweise läßt die Uneinschränkbarkeit des Folterverbots gem. Art. 15 Abs. 2 EMRK jeden Ansatz zu einer rechtlichen Relativierung desselben scheitern. Der Ansatz *Bruggers*, bei gefahrenabwehrender Folter wiederum eine teleologische Reduktion der Konventionsvorschriften zu begründen, geht meines Erachtens fehl. Wenn *Brugger* meint, dies sei bei unmittelbarer, evidenter, nicht anders als durch Aussageerpressung abwendbarer Lebensbedrohung und der situativen Zufälligkeit, ob der gefaßte (geständige, nicht nur dringend verdächtige!) Täter die "Hand am Auslöser" oder die rettende Information "im Kopf" habe, vertretbar⁸⁶, so bleibt er die Antwort schuldig, warum bei vergleichbaren Gefahrenlagen im Krieg oder einer öffentlichen, das Leben der Nation bedrohenden Notstandslage eine solche Relativierung der Folter gleichwohl nach Art. 15 Abs. 2 EMRK ausgeschlossen bleiben soll. Man könnte - zumal die Folterproblematik als solche kein neues rechtswissenschaftliches Problem darstellt⁸⁷ - im Gegenteil sogar argumentieren, der Europarat habe insoweit eine bewußte Entscheidung gegen die ausnahmsweise Zulassung der Folter getroffen, womit es an einer Wertungslücke fehle.

Im übrigen sind der *Allgemeinen Erklärung über die Menschenrechte* (vgl. Art. 3 AEMR), dem *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (vgl. dort Art. 6 IPBPR) wie auch der UN-Folterkonvention dem Art. 2 Abs. 2 EMRK vergleichbare "Rechtfertigungsgründe" zur Gefahrenabwehr fremd, ganz abgesehen davon, daß die UN-Folterkonvention geschaffen wurde, um die - bis dahin in der Staatenpraxis nur unzureichende⁸⁸ - internationale Ächtung der Folter zu stärken.

2.3. Ergebnis

⁸¹) Zur Stellung der EMRK im nationalen Recht siehe *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8), § 3, insb. Rn. 5-8.

⁸²) *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 1; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8), § 3 Rn. 16.

⁸³) *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 3 Rn. 2, 4; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8), § 20 Rn. 21 f. Daraus folgt bei entsprechendem Folterverdacht auch die Verpflichtung, den Sachverhalt zu ermitteln.

⁸⁴) *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK (o. Fn. 8), Art. 2 Rn. 7, 22; *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8), § 20 Rn. 5, 13 ff.

⁸⁵) So *Grabenwarter*, EMRK (o. Fn. 8), § 20 Rn. 10; ablehnend *Lenckner/Perron* in: *Schönke/Schröder* (o. Fn. 21), § 32 Rn. 62.

⁸⁶) *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (451 f.); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (83 f.).

⁸⁷) Siehe - neben *Brugger* (o. Fn. 3) - die Nachweise oben in Fn. 32.

⁸⁸) Siehe hierzu die Darstellung bei *Forker* (o. Fn. 26) a.E.

Nach allem ist im Fall einer erpresserischen Gefahrenlage, wie sie oben als Ausgangssachverhalt umschrieben wurde, eine Rechtfertigung der Folter ausgeschlossen. Dies folgt zumindest aus der völkerrechtlichen, aber auch verfassungsrechtlichen Rechtslage und damit ist letztlich mangels Gebotensein der Notwehrhandlung bzw. wegen Unangemessenheit der Notstandshandlung eine Aussageerpressung auch strafrechtlich nicht zu rechtfertigen.⁸⁹ Selbst wenn man für *Bruggers* Terroristen-Fall eine Ausnahme anerkennen wollte, so scheidet eine solche im Fall der Entführung *Jakob von Metzlers* doch wohl eindeutig aus⁹⁰.

Damit erübrigt es sich eigentlich, der von *Brugger* aufgeworfenen Frage nachzugehen, ob bei der ausnahmsweisen Zulässigkeit der Folter zur Aussageerpressung der Staat nicht auch rechtlich zu deren Anwendung verpflichtet sei und hierauf sich sogar ein (individueller) Anspruch bedrohter Bürger auf Anwendung der Folter zur Gefahrenabwehr gründe. Er bejaht dies von seinem Ansatz her durchaus folgerichtig⁹¹, indem er im Hinblick auf die akute, für das Tatopfer nicht beherrschbare lebensbedrohende Gefahrenlage aus der staatlichen Schutzpflicht eine entsprechende Handlungspflicht ableitet⁹². Wenn weiter - wie von *Brugger* vorausgesetzt⁹³ - die Folter die einzige erfolgversprechende Handlungsmöglichkeit ist, so habe der Staat diese auch zu ergreifen, da sein - an sich insoweit gegebenes - Ermessen⁹⁴ dann auf Null reduziert sei. Folgt man dem, so drängen sich allerdings sogleich verstörende Nachfragen hinsichtlich einer praktischen Umsetzung auf, beginnend bei der Frage der Verbindlichkeit einer entsprechenden Weisung des verantwortlichen Dienstvorgesetzten (und Zumutbarkeit für den Weisungsempfänger) bis hin zur Klärung der Einzelheiten der - durch einen Arzt und etwa einen Verteidiger oder Richter/eine Strafkammer zu überwachenden?⁹⁵ - Ausführung der Aussageerpressung.

Gerade in den Fällen erpresserischen Menschenraubs bzw. der Geiselnahme wird sich aber die Sachlage selten so klar und eindeutig wie in einem Lehrbuchbeispiel darstellen. Hinzu kommt, daß überaus fragwürdig ist, ob - dies zeigt gerade der Fall der Entführung und frühzeitigen Tötung *Jakob von Metzlers* - wirklich vertretbar angenommen werden kann, der gefaßte *Erpresser* (und nicht nur ein dringend Tatverdächtiger!) sei zur Gefahrenabwendung tatsächlich (noch) in der Lage, wenn er ungeachtet der im Ermittlungsverfahren erfolgten, eindringlichen Belehrung über die Sach- und Rechtslage und hierbei (legal) angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe und Last persönlicher Schuld das Beschreiten der angebotenen "goldenen Brücke" zur teilweisen Straffreiheit bzw. Strafmilderung (vgl. §§ 24, 46 Abs. 2, 239a Abs. 4, 239b Abs. 2 StGB) durch "tätige Reue" ablehnt, sei es weil er (1) unvernünftig und verstockt ist oder (2) weiß, daß er nichts mehr wissen kann oder gar weil er (3) überhaupt nicht der Täter ist. In allen drei Fällen ist die Androhung bzw. Anwendung der Folter kaum ein wirklich geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr.⁹⁶

⁸⁹ Ebenso *Düx* (o. Fn. 29), ZRP 2003, 180; *Rainer Hamm*, Schluß der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!, NJW 2003, 946; *Lüderssen* (o. Fn. 30), SZ v. 25.2.2003; *Hans Christoph Schaefer*, Freibrief, NJW 2003, 947; ferner der Geschäftsführende Ausschuß der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht und der Strafrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins, StV 2003, 255.

⁹⁰ So wohl noch *Brugger* (o. Fn. 3), VBIBW 1995, 446 (450) Fn. 58; anders aber anscheinend nunmehr im Hinblick auf den Ausgangsfall *von Metzler* in FAZ v. 10.3.2003 (o. Fn. 3), S. 8.

⁹¹ *Brugger* (o. Fn. 3), JZ 2000, 165 (170 f.).

⁹² Grundlegend hierzu *BVerfGE* 39, 1 (42) - Schwangerschaftsabbruch I.

⁹³ Vgl. *Brugger* (o. Fn. 3), JZ 2000, 165 (167); *ders.* (o. Fn. 3), FAZ v. 10.3.2003, S. 8; sowie *Miehe* (o. Fn. 41), NJW 2003, 1219: Hiernach ist die Ausnahmekonstellation an folgende acht Merkmale gebunden: "eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für (4) das Leben oder die körperliche Unversehrtheit einer Person durch (5) einen identifizierbaren Aggressor, der (6) gleichzeitig die einzige Person ist, die zur Gefahrenabwehr in der Lage und (7) dazu auch verpflichtet ist"; ferner muß (8) "die Anwendung körperlichen Zwangs" bzw. deren Androhung "das einzig erfolgversprechende Mittel" sein. Maßgebend soll die "verständige Sicht ex ante sein", d.h. die "Polizei muß nach bestem Wissen und Gewissen davon ausgehen" dürfen, "daß das Entführungsoffer noch lebt, dann ist sie zum Lebensschutz verpflichtet." (zit. nach FAZ a.a.O.)

⁹⁴ Grundlegend hierzu *BVerfGE* 46, 160 (164) - Schleyer.

⁹⁵ Vgl. *Brugger* (o. Fn. 3), Der Staat 1996, 67 (82 m. Fn 45); *Miehe* (o. Fn. 41), NJW 2003, 1219 (1220).

⁹⁶ Vgl. die Kritik von *Schroeder* (o. Fn. 53), ZRP 2003, 180.

Wie immer man persönlich zu der Rechtsfrage der Zulässigkeit der Folter steht, rechtspolitisch ist eine Entscheidung für die Folter, gar der Ruf nach einer rechtlichen Regelung⁹⁷, überaus prekär. Droht doch ein Dambrucheffect, dessen erstes Loch vielleicht bereits *Brugger* durch seinen Tabubruch in seinen Aufsätzen zu diesem Thema "gebuddelt" hat. Eine Relativierung des Folterverbots mag bei einer gefestigten Rechtsstaatstradition noch nicht unmittelbar drohen, mit Beginn der Aushöhlungsarbeiten nimmt aber auch der Rechtsstaat Schaden und die Sitten drohen zu verrohen, zumal die Grenzziehung zwischen legitimer und illegitimer Folter überaus schwierig ist. Ferner sind die internationalen Fernwirkungen der ausnahmsweisen Anerkennung der Folter in einem Rechtsstaat auf andere, weniger rechtsstaatliche Staaten zu beachten. Nicht zuletzt ist in Erinnerung zu rufen, daß die Folter deren Zweckerreichung nicht garantiert: eine Verweigerung der Aussage oder die Erpressung einer Falschaussage sind durchaus denkbar.⁹⁸

3. Schlußbemerkungen

Die rechtlichen Betrachtungen können nicht schließen, ohne nochmals auf den Anlaßfall zurückzukommen, den Fall *Daschner*, wie man ihn wohl nun nennen muß, und über die rechtlichen Folgen seines Handelns nachzudenken.

Dabei geht es mir weniger um die Frage seiner Strafbarkeit. Dazu nur kurz folgendes: Wie gezeigt, scheidet eine Rechtfertigung durch Nothilfe oder rechtfertigenden Notstand aus, auch ein entsprechender - rechtfertigend oder entschuldigend wirkender - übergesetzlicher Notstand dürfte hier nicht zuzubilligen sein, eine Entschuldigung nach § 35 StGB scheidet im übrigen schon an dem dort geforderten Näheverhältnis, und eine echte Pflichtenkollision ist nicht ersichtlich. Die neuerdings erwogene Zubilligung eines indirekten Verbotsirrtums (nämlich Irrtums über die rechtlichen Grenzen bzw. Existenz eines Rechtfertigungsgrundes) führt angesichts der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Vermeidbarkeit wohl nicht zum Schuldausschluß⁹⁹, allenfalls zur Strafmilderung, zumal die einschlägige hessische Polizeirechtswissenschaft die Unzulässigkeit der Folter klar herausstellt¹⁰⁰ und für die fragliche Fallkonstellation ganz überwiegend in der Fachliteratur eine Rechtfertigung abgelehnt wird. (Wer die Folter ausnahmsweise für zulässig erachtet, wird statt dessen im Fall *Daschner* wegen irriger Annahme einer Rechtfertigungslage zu einem Erlaubnistatbestandsirrtum gelangen, der infolge der entfallenden Vorsatzstrafbarkeit und fehlender einschlägiger Fahrlässigkeitsdelikte zur Straflosigkeit führte¹⁰¹).

Neben die Strafbarkeit wegen Nötigung etc. tritt wohl eine solche wegen (versuchter) Anstiftung der ausführenden Beamten (oder sollten diese *omnimodi facturi* gewesen sein?), die sich keinesfalls auf ein Handeln auf rechtmäßigen Befehl berufen können. Dem steht schon wegen der evidenten Verletzung der Menschenwürde des *Magnus Gäfgen* und der Rechtswidrigkeit der Anordnung § 56 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 hess. SOG entgegen, ganz abgesehen davon, ob es insoweit - vergleichbar zu der Situation des polizeilichen Todesschusses - überhaupt eine verbindliche Weisung geben kann.

Weiter stellt sich die Frage, wie es um die Verwertbarkeit der infolge der verbotenen Vernehmungsmethode erlangten Beweismittel steht. Neben dem so wohl erst erhaltenen Geständnis (das unverwertbar

⁹⁷ Dazu *Brugger* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (95 f.); *ders.*, (o. Fn. 3), *JZ* 2000, 165 (172 f.).

⁹⁸ Vgl. hierzu auch *Brugger* (o. Fn. 3), *VBIBW* 1995, 446 (452 f.); *ders.* (o. Fn. 3), *Der Staat* 1996, 67 (85 f., 97).

⁹⁹ So aber *Michael Kubink*, *Zur Debatte über das "Folterverbot"* [Leserbrief], *NJW H.* 24/2003, S. XII (XIV): "... weil niemand 'die richtige' Entscheidung zu treffen vermochte".

¹⁰⁰ *Hornmann*, *HSOG* (o. Fn. 51), § 12 Rn. 19 ("Der als Zwangsmittel nur in § 52 ... vorgesehene unmittelbare Zwang ist nach § 52 Abs. 3 zur Erzwingung der Beantwortung ausgeschlossen, da die Anwendung unmittelbaren Zwangs - in jeglicher Form - als nach § 136a StPO unzulässige Folter ausgeschlossen ist."); *Meixner*, *HSOG* (o. Fn. 51), § 12 Rn. 12 ("Die zwangsweise Durchsetzung der Auskunftspflicht kann nur mit Hilfe von Zwangsgeld [§ 50] erfolgen ... Unmittelbarer Zwang scheidet wegen § 52 Abs. 2 aus.") und 14 ("die Verabreichung eines Wahrheitsserums an den einer Geiselnahme Verdächtigen zur Auffindung der Geisel ist unzulässig").

¹⁰¹ So *Schreiber* (o. Fn. 21), *NJW H.* 23/2003, S. XII (XVI).

wäre, nach h.M. aber bei seiner freiwilligen Wiederholung mangels Fortwirkung des Verstoßes - zumindest bei erfolgter qualifizierter Belehrung¹⁰² - verwertet werden könnte¹⁰³) geht es hier auch um die Leiche als zumindest mittelbar erlangtes Beweismittel. Ausgehend von der vorherrschenden höchstgerichtlichen Abneigung gegen die Anerkennung sog. Fernwirkungsverbote wäre diese wohl verwertbar.¹⁰⁴ Jedoch ist gerade bei § 136a StPO diese Frage äußerst umstritten, womöglich würde man auch den hypothetischen, rechtmäßigen Ermittlungsverlauf bemühen, also der Frage nachgehen, ob man die Leiche später auch so gefunden hätte. Überzeugen kann dies nicht ganz. Allerdings wäre es eine fatale Folge "gutgemeinten" Handelns, wenn infolge zwingender Unverwertbarkeit der so erlangten Beweismittel der Preis der polizeilichen Aussageerpressung die Straflosigkeit des Erpressers wäre!¹⁰⁵

¹⁰²) *Hamm* (o. Fn. 89), NJW 2003, 946 (947). - Bekanntlich soll es im Ermittlungsverfahren gegen *Magnus Gäfgen* hieran gefehlt haben, doch erfolgte in der Hauptverhandlung nach entsprechender Belehrung ein - später noch nachgebessertes - erneutes Geständnis. Auf die Rechtsfragen der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden sowie der Verwertbarkeit der so erlangten Erkenntnisse kommt es damit in diesem Verfahren nicht mehr an.

¹⁰³) *Lutz Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, München, 46. Aufl. 2003, § 136a Rn. 29 f.

¹⁰⁴) Hierzu *Meyer-Goßner*, StPO (o. Fn. 103), § 136a Rn. 31. Für eine "großzügige, tätergünstige Handhabung" *Miehe* (o. Fn. 41), NJW 2003, 1219 (1220).

¹⁰⁵) In diese Richtung gehen die im SPIEGEL (Nr. 9/2003 v. 24.2.2003, S. 26) zitierten Äußerungen von *Thomas Hillenkamp* und *Winfried Hassemer*; ferner *Schreiber* (o. Fn. 21), NJW H. 23/2003, S. XII (XVI).