


# Das Folterverbot im Rechtsstaat

Heiner Bielefeldt





---

**Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights**

Zimmerstr. 26/27  
D-10969 Berlin  
Phone (+49) (0)30 – 259 359 0  
Fax (+49) (0)30 – 259 359 59  
[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)  
[www.institut-fuer-menschenrechte.de](http://www.institut-fuer-menschenrechte.de)

Gestaltung:  
**iserundschmidt**  
Kreativagentur für PublicRelations GmbH  
Bad Honnef – Berlin

Policy Paper No. 4  
Berlin, Juni 2004



---

Policy Paper

# Das Folterverbot im Rechtsstaat

Heiner Bielefeldt



Deutsches Institut  
für Menschenrechte

# Das Folterverbot im Rechtsstaat

## I. Ein Menschenrechtsprinzip in der Krise?

Nackte, gesichtslose Menschen wie Fleischberge aufeinandergestapelt, ein angeketteter wehrloser Gefangener von Hunden bedroht, als Trophäen zur Schau gestellte Leichen – die Folterbilder aus dem Irak schockieren und lösen Empörung aus. Was sie zeigen, ist in den Polizeistationen und Haftanstalten vieler Staaten tagtägliche Realität.

In merkwürdigem Kontrast zu der Empörung, die die Bilder von Abu Ghraib allenthalben hervorrufen, findet in Deutschland derzeit eine Debatte darüber statt, ob Folter unter bestimmten Umständen – als letztes Mittel zur Abwehr schwerwiegender Gefahren – nicht doch gestattet sein sollte. In der wissenschaftlichen, insbesondere der rechtswissenschaftlichen Fachdiskussion tauchen Überlegungen über eine mögliche Zulassung von Folter bislang zwar nur vereinzelt auf; immerhin sind sie aber schon bis in die quasi-offizielle Kommentierung des Grundgesetzes vorgedrungen.<sup>1</sup>

Dass Plädoyers für eine Aufweichung des Folterverbots in der Öffentlichkeit durchaus starke Resonanz finden können, hat die Diskussion um das Verhalten des Vizepräsidenten der Frankfurter Polizei, Wolfgang Daschner, gezeigt, der im Herbst 2002 einem Kindesentführer Folter angedroht hatte, um ihm Informationen über das Versteck des (wie sich herausstellen sollte: damals bereits ermordeten) Kindes abzufragen. Politiker aus unterschiedlichen

Parteien und einzelne hohe Repräsentanten der Justiz brachten nach Bekanntwerden dieses Vorfalles spontan Verständnis oder Zustimmung für das Vorgehen Daschners zum Ausdruck.<sup>2</sup> Noch deutlichere Töne waren in zahlreichen Leserbriefen zu vernehmen, in denen nicht selten offene Bewunderung für die Haltung des Polizei-Vizepräsidenten anklang.

Noch gehen Menschen, die – wie jüngst Michael Wolffsohn, Historiker an der Bundeswehr-Universität München – öffentlich über eine mögliche Legitimität von Folter im Kampf gegen den Terrorismus sprechen,<sup>3</sup> das Risiko ein, damit Proteste auszulösen. Man sollte sich jedoch nicht darauf verlassen, dass dies auf Dauer so bleibt. Es ist durchaus denkbar, dass angesichts der Bedrohung durch den Terrorismus, die spätestens mit dem Anschlag vom 11. März 2004 in Madrid auch unmittelbar Europa erreicht hat, mit der Zeit eine Stimmung entsteht, in der der Einsatz von Folter immer mehr „denkbar“ wird. Es können sich Sprachregelungen einbürgern, die das Skandalwort „Folter“ bewusst vermeiden (und beispielsweise statt dessen den Begriff „Aussageerzwingung“ verwenden), um dadurch bisher bestehende Grenzlinien aufzuweichen. Die sukzessive Erosion des Folterverbots ist eine reale politische Gefahr.

Mit dem vorliegenden Policy Paper bekräftigt das Deutsche Institut die *ausnahmslose Geltung des Folterverbots*, wie sie in den internationalen Menschenrechtskonventionen verankert ist. Zunächst soll auf der Grundlage der Menschenwürde der Sinn

- 1 Vgl. die Neukommentierung von Artikel 1 Absatz 1 (Menschenwürde) durch Matthias Herdegen, in: Maunz/Dürig u.a. (Hg.), Grundgesetzkommentar (Ergänzungslieferung, München 2003). Herdegen hält es „im Einzelfall“ für möglich, „dass die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels, die sonstige Überwindung willentlicher Steuerung oder die Ausforschung unwillkürlicher Vorgänge wegen der auf Lebensrettung gerichteten Finalität eben nicht den Würdeanspruch verletzen“ (Rdnr. 45).
- 2 Vgl. Petra Follmar/ Wolfgang Heinz/ Benjamin Schulz, Zur aktuellen Folterdebatte in Deutschland, Policy Paper des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2003.
- 3 Vgl. Spiegel Online vom 11. Mai 2004.

des absoluten Folterverbots dargelegt werden (II). Es folgt eine kritische Auseinandersetzung mit dem (in Varianten immer wieder vorgetragenen) „ticking bomb“-Szenario (III) und der in die Diskussion eingebrachten Kategorie eines „Feindstrafrechts“ zur Terrorismusabwehr (IV). Abschließend wird daran erinnert, dass die menschenrechtlichen Grundlagen des Rechtsstaats auch in Zeiten zunehmender Terrordrohung nicht zur Disposition gestellt werden dürfen (V).

## II. Menschenwürde und Folterverbot

Das Folterverbot dient dem *Schutz der Menschenwürde*. Diese Funktion teilt es mit allen anderen Menschenrechten. Die verschiedenen Menschenrechtsnormen ergänzen einander, indem sie auf je spezifische Weise jene Grundfreiheiten gewährleisten, in denen die Würde des Menschen als Verantwortungssubjekt politisch-rechtliche Anerkennung und Schutz erfährt. In der Zielsetzung, die Grundbedingungen für ein der Menschenwürde gemäßes freiheitliches und gleichberechtigtes Zusammenleben rechtlich zu garantieren, gehören alle Menschenrechte zusammen und bilden ein unteilbares Ganzes.<sup>4</sup>

Die ethische Begründung in der Menschenwürde ist für das Verständnis der Menschenrechte entscheidend. Dadurch unterscheiden sie sich von sonstigen Rechtspositionen, die mehr oder weniger der rechtsetzenden Disposition des Gesetzgebers (bzw. den Vereinbarungen völkerrechtlicher Vertragspartner) überlassen bleiben. Menschenrechte sind nicht disponibel, sondern im Kern „*unveräußerlich*“, weil die Unverfügbarkeit der Menschenwürde in ihnen politisch-rechtlich zum Ausdruck kommt. In diesem Sinne

heißt es in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948, dass „die Anerkennung der innewohnenden Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der menschlichen Familie die Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt“ bildet.<sup>5</sup> Nach der politischen Katastrophe des NS-Terrorregimes und unter dem Einfluss der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte setzt auch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in Artikel 1 mit dem Axiom der unantastbaren Würde des Menschen ein, deren Achtung und Schutz höchste Staatsaufgabe ist. Daran schließt sich das Bekenntnis des deutschen Volkes zu „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten“ an.

Für die meisten Menschenrechte gilt, dass sie unter bestimmten, eng definierten Umständen Einschränkungen erfahren können. Sie können darüber hinaus im Falle unmittelbarer Kollision gegen andere Menschenrechte konkret abgewogen<sup>6</sup> und in der Situation eines Staatsnotstands – unter streng geregelten Bedingungen – zeitweilig beschränkt werden. Für das Folterverbot bestehen diese Möglichkeiten nicht. Es entzieht sich jeder Abwägung mit anderen Rechtsgütern (auch mit anderen menschenrechtlichen Ansprüchen) und behält seine ausnahmslose Geltung selbst im Falle von Notstand oder Krieg. Sowohl in den Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen als auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention gilt das Folterverbot ohne jede Einschränkung; es ist ein *absolutes Verbot*.<sup>7</sup> Exemplarisch zitiert sei aus der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen von 1984, die klarstellt: „Außergewöhnliche Umstände gleich welcher Art, sei es Krieg oder Kriegsgefahr, innenpolitische Instabilität oder ein sonstiger öffentlicher Notstand, dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden.“<sup>8</sup>

4 Nicht nur die bürgerlichen und politischen, sondern auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte sind, recht verstanden, *Freiheitsrechte*, insofern sie Chancen freiheitlicher Selbstbestimmung bzw. Mitbestimmung in unterschiedlichen Bereichen der Gesellschaft gewährleisten. Da die Menschenrechte jedem Menschen gleichermaßen zustehen, gilt außerdem, dass alle Menschenrechte zugleich *Gleichheitsrechte* sind. Schließlich haben alle Menschenrechte auch eine *solidarische* Komponente.

5 Zitiert nach Christian Tomuschat (Hg.), *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*, Bonn 2. Aufl. 2002, S. 38. Dieselbe Formel findet sich auch in den Präambeln der beiden großen internationalen Menschenrechtspakte von 1966 (über bürgerliche und politische bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte), die zusammen mit der Allgemeinen Erklärung von 1948 die sogenannte „International Bill of Rights“ bilden.

6 Auch im Falle einer unvermeidlichen Abwägung zwischen unterschiedlichen Menschenrechten besteht allerdings der Grundsatz, dass allen konkurrierenden menschenrechtlichen Ansprüchen im Rahmen des Möglichen maximale Geltung zu verschaffen ist.

7 Vgl. Artikel 7 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte bzw. Artikel 3 in Verbindung mit Artikel 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das absolute Folterverbot ist auch in anderen regionalen Menschenrechtskonventionen verbürgt. Es ist außerdem Bestandteil der Genfer Konventionen des humanitären Völkerrechts.

8 Artikel 2, Absatz 2 der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen, zitiert nach Tomuschat (Hg.), a.a.O., S. 292.

Die Absolutheit des Folterverbots stützt sich nicht nur auf normative Überlegungen, sondern zugleich auf konkrete Unrechtserfahrungen. Immer wieder hat sich dabei gezeigt, dass die Folter nicht nur eine *Missachtung* der Menschenwürde darstellt (wie dies bei allen Menschenrechtsverletzungen der Fall ist), sondern die *vollständige und systematische Negierung der Menschenwürde* bedeutet. Wie sonst vielleicht nur im Falle der Versklavung<sup>9</sup> wird der Mensch in der Folter restlos verdinglicht, das heißt zur willkürlich benutzbaren „Sache“ herabgewürdigt. Die Folter verfolgt das Ziel, den Willen des Betroffenen zu brechen und ihn – auf ein hilfloses Bündel von Schmerz, Angst und Scham reduziert – als Mittel zur Informationsgewinnung, Einschüchterung oder Demoralisierung zu missbrauchen. Die schwarzen Kapuzen, die man auf den Folterbildern von Abu Ghraib sieht, stehen dafür, dass die Folter dem Menschen buchstäblich das Gesicht raubt und ihn damit als eigenständiges Subjekt zerstören will. Die Folgen solcher Erfahrung für das Opfer sind gravierend. Bekannt ist das Wort Jean Amerys, dass wer der Folter erlag, nicht mehr heimisch werden kann in der Welt. Selbstachtung und Selbstvertrauen sowie das Grundvertrauen in andere Menschen und in die Gemeinschaft erleben durch die Folter einen Bruch, der in vielen Fällen nicht mehr geheilt werden kann und zum lebenslangen Trauma wird.

Kants Formulierung des kategorischen Imperativs, nämlich die unbedingte Forderung, so zu handeln, „dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“,<sup>10</sup> wird in der Folter ins Gegenteil verkehrt: Die Funktionalisierung des Menschen zum bloßen Mittel ist vollständig, und sein Anspruch auf Achtung als Selbstzweck wird restlos negiert. Mit der Negierung der Würde des Gefolterten verstoßen die Folterer zugleich gegen ihre eigene Würde. Und ein Staat, der Folter anordnet, Foltertechniken entwickelt und Folter-

spezialisten ausbildet, negiert nicht nur die Würde der Opfer, sondern gibt damit den Anspruch auf Achtung der Menschenwürde im Ganzen preis.

Die Menschenwürde aber ist die Grundlage schlechthin aller moralischen und rechtlichen Verbindlichkeiten.<sup>11</sup> Ohne Achtung der Würde – der eigenen Würde und der Menschenwürde der Anderen – können normative Verbindlichkeiten zwischen Menschen weder entstehen noch aufrechterhalten werden. Die Achtung der Menschenwürde ist deshalb nicht nur eine Norm neben anderen Normen; vielmehr bildet sie die *Grundlage moralischer und rechtlicher Normen überhaupt*<sup>12</sup> und damit zugleich die Basis des Rechtsstaats. Die Formulierung in Artikel 1 des Grundgesetzes, dass Achtung und Schutz der unantastbaren Menschenwürde „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ ist, muss daher wörtlich genommen werden: Mit der konsequenten Umsetzung dieser Verpflichtung steht und fällt der Rechtsstaat.

Während andere Normen im Kollisionsfall gegeneinander abgewogen werden können, entzieht sich die Achtung der Menschenwürde jeder legitimen Abwägung. Denn es gibt kein der Menschenwürde übergeordnetes normatives Prinzip, aus dem sich moralische oder rechtliche Kriterien für Abwägungen der Würde mit anderen Werten oder Rechtsgütern herleiten lassen könnten. Als im strengen Wortsinne *grundlegendes* Prinzip – nämlich normatives Fundament von Moral und Recht überhaupt – erweist sich die Menschenwürde somit als prinzipiell unverrechenbar. Mit den Worten Kants: „Im Reich der Zwecke hat alles entweder einen *Preis* oder eine *Würde*. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein *Äquivalent* verstattet, das hat Würde.“<sup>13</sup>

Jede Missachtung der Menschenwürde greift das Fundament von Moral und Recht an. In der Folter

9 Das Sklavereiverbot gehört ebenfalls zu den notstandsfesten Menschenrechtsnormen. Bemerkenswert ist, dass die Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker von 1981 die Ächtung der Sklaverei und das Verbot der Folter in ein und demselben Artikel (nämlich Artikel 5) zusammen aufführt und damit auf die Ähnlichkeit der zugrundeliegenden Unrechtserfahrungen verweist.

10 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, S. 429.

11 Auf die kategoriale Differenz zwischen Moral und Recht soll hier nicht weiter eingegangen werden. Auch wenn das Recht im Unterschied zur Moral „mit der Befugnis zu zwingen verbunden“ ist (Kant), hat es als bloße Zwangsordnung jedoch keinen Bestand, sondern bedarf seinerseits einer moralischen Grundlage in der Anerkennung des Menschen als Verantwortungssubjekt.

12 Kant hat diese Einsicht dadurch auf den Begriff gebracht, dass er den kategorischen Imperativ in zwei einander ergänzenden Varianten formuliert hat, die unauflöslich zusammen gehören: Das Grundgesetz der Moral, das sich in unterschiedlichen kulturellen Traditionen als sogenannte „goldene Regel“ findet (in Kants Fassung: „handle nur nach der Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“) ist letztlich *identisch* mit der gebotenen Achtung jedes Menschen als Selbstzweck.

13 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, S. 434.

aber wird die Würde nicht nur missachtet, sondern absichtlich und vollständig *negiert*. Daraus folgt, dass Folter unter keinen Umständen moralisch oder rechtlich gerechtfertigt werden kann. Das Folterverbot ist als *absolutes Verbot* zu verstehen. Es markiert für den Rechtsstaat eine schlechthin unüberschreitbare Grenze. Die entsprechenden Regelungen in den Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen bzw. in der Europäischen Menschenrechtskonvention bestehen daher zu Recht.

### III. Das „ticking bomb“-Szenario

Auch wenn die öffentliche Abscheu gegenüber Folterpraktiken fast einhellig ist, werden in letzter Zeit immer häufiger Einwände gegen die Absolutheit des Folterverbots angemeldet. Infrage gestellt wird nicht das Folterverbot an sich, wohl aber die *ausnahmslose Geltung des Verbots*. Meist geschieht dies unter Verweis auf eine mögliche unmittelbare und massive Bedrohung, von der angenommen wird, dass sie nur durch Anwendung aller verfügbaren Mittel, einschließlich der Folter, abgewendet werden könne.

Dieses Argument trägt in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur seit mehreren Jahren Winfried Brugger, Professor für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, vor.<sup>14</sup> Während öffentliche Äußerungen zur möglichen Zulassung von Folter hierzulande meist en passant stattfinden – das heißt in Form von Andeutungen oder Hinweisen, die nicht näher ausgeführt werden –, entwickelt Brugger seinen Gedankengang in systematischer Weise und stellt ihn in den Kontext einer juristischen Fachdebatte. Gleichzeitig nimmt er für sich in Anspruch, dass seine Überlegungen einen unausgesprochenen politischen „common sense“ repräsentieren und, sofern man sich auf sie einlässt, breite Zustimmung erfahren könnten.

Bruggers Gedankengang setzt mit einer fiktiven Extremsituation ein:<sup>15</sup> Eine von Terroristen platzierte Chemiebombe, die in wenigen Stunden explodieren wird, droht zahlreiche Menschen zu vernichten. Die Polizei wird eines mutmaßlichen Terroristen habhaft, der über die Informationen verfügt, die man

braucht, um die Katastrophe abzuwenden. Sonstige Möglichkeiten der Gefahrenabwehr – etwa durch Erfüllung der Forderungen der Terroristen – bestehen nicht. Brugger plädiert dafür, in einer solchen Situation von Staats wegen Folter einzusetzen, um die eventuell lebensrettenden Informationen aus dem mutmaßlichen Terroristen herauszupressen.

Die Suggestivkraft dieses „ticking bomb“-Szenarios beruht darauf, dass sich offenbar viele Menschen in die Lage eines diensthabenden Polizeibeamten hineinversetzen können, der unter dem Druck der geschilderten Extremsituation Folter anordnen würde. Zu beachten ist allerdings, dass es in der Diskussion nicht primär um die Bewertung *individueller Verhaltens* (konkret: das mögliche Handeln eines Polizisten) in einem gleichsam tragischen Dilemma geht. Vielmehr gewinnt das „ticking bomb“-Szenario seine Brisanz dadurch, dass es eine in ihren Konsequenzen weit reichende *politische Botschaft* vermittelt.

Dies gilt auch für Bruggers Überlegungen. Sein Thema ist erklärtermaßen die *Legitimität staatlichen Handelns* in Notstandsfällen. Um für den Kampf mit terroristischen Verbrechen gerüstet zu sein, braucht der Staat nach Bruggers Überzeugung neue und erweiterte Eingriffsbefugnisse – bis hin zu der Option, in Grenzfällen Folter anzuwenden zu können. Das skizzierte Krisenszenario ist insofern *zukunftsgerichtet*: Es dient dazu, zusätzliche Befugnisse staatlichen Handelns zu erschließen, damit der Staat für künftige Bedrohungen besser gerüstet ist. Die Möglichkeit des Einsatzes von Folter ist in Bruggers Argumentation somit von vornherein mehr als nur eine theoretische *Denkmöglichkeit* in einer unabsehbaren existenziellen Extremsituation; sie wird zu einer *politischen Handlungsoption*, auf die der Staat sich aktiv vorbereiten soll.

Brugger weiß um die rechtspolitischen Risiken seiner Forderung. Deshalb will er den möglichen Einsatz von Folter auf äußerste Grenzfälle beschränken. Die Folter soll, wie er versichert, eine Ausnahme bleiben. Im Kontext staatlichen Handelns ist die für eine bestimmte Situation ermöglichte Ausnahme indessen von vornherein mehr als eine bloße Ausnahme: Sie wird sofort zum *Präzedenzfall*, der über die konkrete Situation hinaus auf andere, mehr oder weniger *ähnlich gelagerte Fälle* verweist. Die Logik

<sup>14</sup> Vgl. Winfried Brugger, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, in: Der Staat 35 (1996), S. 67ff.; Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: Juristenzeitung 55 (2000), S. 165ff.

<sup>15</sup> Vgl. Brugger, Vom unbedingten Verbot..., a.a.O., S. 165f.

der Argumentation mit Grenzsituationen führt zwangsläufig dazu, die für den einen Grenzfall eröffneten Sonderbefugnisse auf immer wieder neue – gleichsam benachbarte – Grenzfälle auszuweiten. Aus dem einen Grenzfall wird auf diese Weise schließlich ein ganzer *Grenzbereich*, in dem Folter um der Gefahrenabwehr willen zulässig sein soll. In der Sonderregelung für einen Ausnahmefall ist insofern angelegt, dass eine *Zone des Sonderrechts* entsteht, in dem das Folterverbot außer Kraft gesetzt ist. Bruggers Gedankengang mündet denn auch nicht zufällig in das Plädoyer für die „Spezifizierung und Herausnahme einer Fallgruppe, in der das absolute Folterverbot zu widersinnigen und ungerechten Ergebnissen ... führen würde“.<sup>16</sup>

Brugger möchte diese Fallgruppe, in der das Folterverbot nicht mehr unbedingt gilt, in engen Schranken halten. Er betont darüber hinaus, dass es ihm darum gehe, das Folterverbot *generell* dadurch zu stärken, dass er die in Grenzsituationen seiner Meinung nach unvermeidlichen Ausnahmen offen anspreche und damit einer rechtsstaatlichen Regelung zuführe.<sup>17</sup> Die Vorstellung, dass sich Folter rechtsstaatlich „domestizieren“ ließe, ist allerdings in sich widersprüchlich. Die „rechtsstaatlich eingebundene“ Folter ist nicht nur in der Theorie ein Unding, sondern auch in der Praxis unmöglich. Denn zum einen eröffnet ein Staat, der die Folter erlaubt, den damit beauftragten Sicherheitsorganen *Ermessensspielräume*, wodurch eine Grauzone entsteht, in der Folter unter Berufung auf Gründe der Gefahrenabwehr fortan möglich wird. Damit sind Dammbürche vorprogrammiert; und sie finden, wie die Erfahrung zeigt, auch tatsächlich statt.<sup>18</sup> Zum anderen zerstört der Staat durch die Zulassung der Folter die Grundlage seiner rechtsstaatlichen Legitimation. Mit anderen Worten: Er unterminiert seine eigene rechtsstaatliche Autorität, die er folglich schwerlich zur Begrenzung der einmal eröffneten Folterpraxis geltend machen kann.

Wie aber stünde es in einer (fiktiven) Situation, in der staatlich eingesetzte Folter die einzige Chance bieten würde, um die Folter durch Dritte zu verhindern – etwa wenn der Staat sich Terroristen gegenüber sähe, die ihrerseits bedenkenlos zur Folter greifen? Zugespitzt gefragt: Darf der Staat foltern, um ein oder mehrere Opfer terroristischer Folterung zu befreien? Die Antwort kann selbst in diesem Fall nur ein *Nein* sein. Nicht einmal die Schutzpflicht des Staates zugunsten der von Dritten bedrohten Menschenwürde erlaubt Maßnahmen, durch die der Staat die Achtung der Menschenwürde aufkündigen würde.<sup>19</sup> Ein Rechtsstaat kann sich nicht auf einen Wettlauf der Barbarei einlassen. Sowenig er auf Geiselnahme antworten darf, indem er seinerseits Menschen (etwa Verwandte oder mutmaßliche Sympathisanten der Terroristen) in Geiselnhaft nimmt, sowenig darf er terroristischen Folterpraktiken eigene Folter oder Folterdrohung entgegensetzen. Wer in dieser Selbstbindung des Staates eine Schwäche (oder gar eine strukturelle Unterlegenheit des Staates gegenüber „zu allem bereiten“ Terrorgruppen) sieht, hat nicht verstanden, was Rechtsstaatlichkeit bedeutet.

Folter und Rechtsstaatlichkeit gehen niemals zusammen. Ein Rechtsstaat kann sich deshalb unter keinen Umständen darauf einlassen, den Einsatz von Folter zu erlauben. Allenfalls denkbar ist, dass der Staat zum Beispiel gegenüber einem Polizeibeamten, der in einer *tatsächlich eingetretenen* ausweglosen Konfliktsituation zu Mitteln der Folter gegriffen hat, rückblickend auf Strafe verzichtet. Aber auch hier ist äußerste Vorsicht angezeigt. Es darf nicht dazu kommen, dass durch einen voreiligen Strafverzicht der Eindruck erweckt wird, der Staat würde den Einsatz von Folter stillschweigend doch billigen oder gar ermutigen (wie dies in vielen Staaten der Welt der Fall ist). Wer Folter anwendet oder ihren Einsatz befiehlt, muss deshalb wissen, dass er dafür in jedem Fall vor Gericht gestellt wird; dies schreibt

<sup>16</sup> A.a.O., S. 171f. (Hervorhebung von mir, H.B.).

<sup>17</sup> A.a.O., S. 171f. Brugger sieht seine Position deshalb in Einklang mit dem Folterverbot der Europäischen Menschenrechtskonvention, das sich im Übrigen, wie er meint, „vorrangig gegen autoritäre und totalitäre politische Systeme“ richte (a.a.O., S. 169).

<sup>18</sup> Der oberste Gerichtshof in Israel hat deshalb in seinem Urteil vom 6. September 1999 die staatliche Billigung sogenannten „gemäßigten physischen Zwangs“ zum Zwecke von Informationsgewinnung im Kampf mit potenziellen Terroristen verworfen und sich dabei auf das absolute Folterverbot berufen. Vgl. Albrecht Weber, Menschenrechte. Texte und Fallpraxis, München 2004, S. 96ff. Menschenrechtsgruppen innerhalb und außerhalb Israels hatten zuvor beklagt, dass aus der unter bestimmten Auflagen erteilten staatlichen Genehmigung zum Einsatz von Zwangsmitteln bei Verhören beinahe der Regelfall im Umgang mit palästinensischen Polizeihäftlingen geworden war.

<sup>19</sup> Bruggers Argumentation läuft darauf hinaus, einen „Konflikt von Würde gegen Würde“ (Vom unbedingten Verbot ..., a.a.O., S. 169) als den äußersten Grenzfall zu konstruieren. Dabei geht es aber nicht um eine Güterabwägung, wie Brugger unterstellt, sondern um einen Konflikt zwischen staatlicher *Schutzpflicht* und staatlicher *Achtungspflicht* bezüglich der Menschenwürde. In einem solchen Konflikt hätte die Achtung der Menschenwürde Vorrang, weil ohne sie auch der staatliche Schutz der Menschenwürde undenkbar wäre.



auch die Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen bindend vor.<sup>20</sup> Nur ein öffentlicher Strafprozess kann die Frage klären, ob tatsächlich eine tragische Dilemma-Situation vorgelegen hat, in der die Anwendung von Folter zwar *nicht gerechtfertigt* wäre (dies ist prinzipiell unmöglich), vielleicht aber im konkreten Fall *straffrei* bleiben kann.<sup>21</sup>

#### IV. Die Kategorie des „Feindstrafrechts“

Während sich Brugger für die rechtsstaatlich kontrollierte Zulassung von Folter einsetzt (was einen Widerspruch in sich bedeutet), hat der Bonner Strafrechtsprofessor Günther Jakobs eine Kategorie in die Debatte eingebracht, mit der systematisch *Zonen völliger Rechtlosigkeit* geschaffen werden. Es ist dies die Kategorie des „Feindstrafrechts“.<sup>22</sup> Jakobs unterscheidet zwischen *Bürgerstrafrecht* und *Feindstrafrecht*.<sup>23</sup> Während im Rahmen des Bürgerstrafrechts auch Täterinnen und Täter beziehungsweise Beschuldigte prinzipiell als Mitglieder der Rechtsgemeinschaft geachtet werden, ist die Achtung der Menschen als Rechtspersonen im „Feindstrafrecht“ für eine bestimmte Gruppe von Menschen außer Kraft gesetzt. Das Feindstrafrecht soll nach Jakobs dann zur Anwendung kommen, wenn Menschen sich derart fundamental gegen die Rechtsordnung stellen, dass mit ihnen keine rechtliche Gemeinschaft möglich sei.<sup>24</sup>

Der Begriff des Feindstrafrechts entspricht der Sache nach exakt der Kategorie des „unlawful enemy combatant“, die die US-Administration für die Internierten in Guantanamo Bay geprägt hat, um ihnen

sowohl den völkerrechtlichen Status von Kriegsgefangenen abzusprechen als auch den Schutz des Strafrechts beziehungsweise des Strafprozessrechts vorzuenthalten.<sup>25</sup> Tatsächlich macht sich Jakobs dafür stark, Terroristen und andere fundamentale Staatsgegner nicht mit Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen, weil dadurch „dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren – die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist“.<sup>26</sup>

Die rechtliche Anerkennung als Person, die im Bürgerstrafrecht auch dem mutmaßlichen oder verurteilten Straftäter zuerkannt wird, gilt nach Jakobs im Falle des Feindstrafrechts gerade nicht.<sup>27</sup> Mehr noch: Den vermeintlichen Feind als Unperson zu behandeln, sei für den Staat in der Krise nicht nur erlaubt, sondern zugunsten eines von Jakobs unterstellten vorrangigen Bürgerrechts auf Sicherheit sogar *geboten*. „Wer keine hinreichende Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde.“<sup>28</sup>

Wenn der Staat nach Jakobs gegenüber dem „Feind“ als einer Unperson keinerlei rechtliche Bindungen beachten muss, verliert konsequenterweise auch das Folterverbot seinen rechtlichen Status. Die Tatsache, dass Jakobs sich nicht näher zum Thema Folter äußert, ist insofern alles andere als beruhigend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Folter für Jakobs – jedenfalls bei der Anwendung des Feindstrafrechts – von vornherein *überhaupt kein recht-*

20 Vgl. Anti-Folter-Konvention, Artikel 4.

21 Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat daher die Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Nötigung gegen den Vizepräsidenten der Frankfurter Polizei, Wolfgang Daschner, begrüßt. Vgl. Presse-Erklärung vom 20. Februar 2004.

22 Vgl. Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS. Aufsätze und Urteilsanmerkungen, 2004 (Heft 3), S. 88ff.

23 Dies erinnert an Carl Schmitts Unterscheidung von Freund und Feind als dem Kriterium des Politischen. Vgl. Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, 2. erw. Aufl. von 1932, wiederabgedruckt mit drei Corrolarien, Berlin 1963, S. 26.

24 Groteskerweise beruft Jakobs sich dabei auf Kant. Nicht nur überträgt er Kategorien, mit denen Kant den vorstaatlichen Naturzustand bestimmt, fälschlich auf den staatlichen Zustand; er verkennt außerdem, dass Kant selbst auch für den vorstaatlichen Naturzustand (zumindest prekäre) Rechtsverhältnisse unterstellt.

25 Vgl. dazu Wolfgang S. Heinz/ Stefanie Schlitt/ Anna Würth, Internationale Terrorismusbekämpfung und Menschenrechte (Oktober 2001 – April 2003), Deutsches Institut für Menschenrechte 2003.

26 Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a.a.O., S. 92.

27 Das Feindstrafrecht charakterisiert Jakobs in einem früheren Aufsatz durch vier Komponenten: „weite Vorverlagerung der Strafbarkeit“, „keine der Vorverlagerung proportionale Reduktion der Strafe“, „Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung“, „Abbau prozessualer Garantien“. Vgl. Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar), in: Albin Eser/ Winfried Hassemer u.a. (Hg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick; Dokumentation einer Tagung vom 3. – 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie, München 2000, S. 47ff., hier S. 51f.

28 Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, a.a.O., S. 93.

liches Problem mehr darstellt. Die Art und Weise, wie der Staat mit inhaftierten mutmaßlichen Terroristen umzugehen hat, wird damit zur Sache freien Ermessens. Es mag nach Jakobs pragmatische Gründe dafür geben, auf Folter zu verzichten – zum Beispiel, um den „Feind“ nicht unnötig zu reizen. Ein rechtliches Verbot der Folter hat im Rahmen des Feindstrafrechts hingegen keinen Ort mehr.

In der Zone der Rechtlosigkeit, die durch das Feindstrafrecht geschaffen wird, ist der Einsatz von Folter keine Ausnahme mehr, sondern – systematisch gesehen – eine gegen „Feinde“ jederzeit verfügbare Option. Und zwar handelt es sich um eine Option, über die man gar nicht mehr reden muss! Dies deckt sich mit der Praxis vieler Staaten, in denen Folter typischerweise nicht förmlich geregelt wird (wie Brugger dies für Grenzfälle postuliert), sondern in staatlich geschaffenen Zonen der Rechtlosigkeit *unausgesprochene Billigung* erfährt.

Jakobs geht offenbar davon aus, dass das Feindstrafrecht nur gegenüber Terroristen und anderen Totalgegnern des Staates zur Anwendung kommt. Es stellt sich die Frage, woher er diese Gewissheit nimmt. Woher weiß der Staat, wer seine „Feinde“ sind? Wie lässt sich verhindern, dass gewöhnliche Kriminelle oder unschuldige Menschen versehentlich in die Mühlen des Feindstrafrechts geraten? Wer entscheidet nach welchen Kriterien, wann das Bürgerstrafrecht und wann das Feindstrafrecht gelten soll? Die Brisanz dieser Fragen besteht nicht zuletzt darin, dass im Feindstrafrecht konsequenterweise auch das Prinzip der *Unschuldsvermutung* außer Kraft gesetzt ist. Wenn der Staat aber jedem Menschen, den er für seinen „Feind“ hält, die Unschuldsvermutung vorenthalten kann, dann verliert die Unschuldsvermutung *generell* ihre Geltung. Dasselbe gilt auch für die anderen Grundrechte, die zum Gegenstand sicherheitspolitischer Ermessensentscheidungen werden. *Niemand* kann sich folglich mehr sicher sein, dass der Staat ihn als Person achtet und ihm gegenüber rechtsstaatliche Prinzipien einhält. Mit anderen Worten: Die Rechtlosigkeit, die zunächst nur die „Feinde“ treffen soll, bleibt kein

Bereich an der Grenze des Staates, sondern durchzieht zwangsläufig das Ganze des Staates und zerstört den Rechtsstaat im *Kern*.

Ein Staat, der die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien zur Sache sicherheitspolitischer Ermessens degradiert, hat sich von der Bindung an das Recht gelöst, und zwar *restlos*. Und ein Staat, der sich einmal darauf eingelassen hat, einer Gruppe von Menschen (oder auch nur einem einzelnen Menschen!) das Etikett der „Unperson“ zu verpassen, setzt damit das Gebot der Achtung der Menschenwürde für sich prinzipiell außer Kraft. Ein solcher Staat hat folglich das Prädikat „Rechtsstaat“ verwirkt.<sup>29</sup>

---

## V. Unveräußerliche Normen des Rechtsstaats

Für einen Rechtsstaat gibt es keine Alternative zur ausnahmslosen Einhaltung des Folterverbots. Die Vorstellung, man könne die Folter für bestimmte Grenzfälle vorsehen und zugleich in „rechtsstaatlichen Schranken“ halten, ist in sich widersprüchlich; sie hat sich auch in der Praxis längst als illusionär erwiesen. Bei Fragen, in denen die Menschenwürde auf dem Spiel steht, sind für einen Rechtsstaat außerdem Klarheit und Konsequenz geboten. Der Staat darf es nicht dazu kommen lassen, dass ein in der Theorie aufrechterhaltenes Folterverbot praktisch leer läuft, weil den Sicherheitsorganen für den Fall der Fälle indirekt Straffreiheit signalisiert wird. Er darf nicht zulassen, dass das Folterverbot durch sophistische Sprachregelungen (etwa eine vermeintliche Differenz zwischen „eigentlicher“ Folter und „bloßer“ Aussaageerzwingung) unterminiert wird, die dazu dienen, die Grenzlinie zu verschieben oder zu verwischen. Schließlich kann es sich der Rechtsstaat auch nicht leisten, dass unter Berufung auf mögliche oder tatsächliche Notlagen eine Grauzone entsteht, in der das Folterverbot nicht mehr unbedingt gilt. Die Ächtung der Folter muss unzweideutig sein.<sup>30</sup>

29 Jakobs bekennt sich zwar zu den universalen Menschenrechten als einer rechtspolitischen Zielvorstellung (vgl. a.a.O., S. 95), bestreitet aber ihre verbindliche Geltung *hic et nunc*. Die Etablierung der Menschenrechte ist aber nur in einer Haltung der Achtung der allgemeinen Menschenwürde möglich, von der Jakobs gegenüber den „Feinden“ grundsätzlich dispensiert.

30 Damit das Folterverbot tatsächlich wirksam wird, sind außerdem konkrete *rechtsstaatliche Institutionen* erforderlich. Dazu zählen die verschiedenen Justizgrundrechte; das Verbot der Auslieferung oder Abschiebung von Menschen in Staaten, in denen sie dem Risiko der Folter ausgesetzt sind; der internationale Einsatz gegen die Straflosigkeit; schließlich der Ausbau präventiver Ansätze, wie sie etwa im jüngst entstandenen Zusatzprotokoll zur Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen vorgesehen sind. Vgl. dazu Petra Follmar-Otto/ Hendrik Cremer, Das neue Zusatzprotokoll zur UN-Anti-Folter-Konvention. Policy Paper des Deutschen Instituts für Menschenrechte, 2004.

Das Folterverbot bietet ein Beispiel dafür, dass es auch in Zeiten zunehmender Bedrohung durch den Terrorismus unbedingt geltende Menschenrechtsnormen gibt, an deren strikter Einhaltung sich der Rechtsstaat bewährt. In den aktuellen sicherheitspolitischen Debatten klingen jedoch gelegentlich Vorstellungen an, als bestünde die Rechtsstaatlichkeit primär in einem formalen *Verhältnismäßigkeitsprinzip*. Häufig trifft man etwa auf die Formulierung, dass es eine „angemessene Balance“ zwischen Freiheitsrechten und sicherheitspolitischen Notwendigkeiten zu finden gelte. Diese Redeweise ist indessen unpräzise; denn sie erweckt den Eindruck, dass die menschenrechtlichen Freiheitsgarantien hinter ein bloß formales Verhältnismäßigkeitsprinzip zurück treten, innerhalb dessen Freiheitsrechte grenzenlos gegen Sicherheitsgesichtspunkte abgewogen werden könnten. Die Gefahr liegt folglich nahe, dass mit jeder neuen sicherheitspolitischen Herausforderung die einmal erreichte „Balance“ zwischen Freiheit und Sicherheit weiter zu Lasten menschenrechtlicher Freiheitsgarantien verschoben wird. Damit aber drohen Menschenrechte zu bloßen Variablen sicherheitspolitischen Ermessens zu werden. Mit anderen Worten: Sie geraten systematisch in die Defensive und werden scheinbar zum Luxus für ruhige Zeiten.

Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass der freiheitliche Rechtsstaat sich durch die *strikte Bindung an die Menschenrechte* definiert. Als in der Menschenwürde begründete „unveräußerliche“ Rechte lassen diese sich gerade nicht beliebig gegen sicherheitspolitische Erwägungen aufrechnen. In besonderem Maße gilt dies für notstandsfeste Menschenrechtsnormen, die unter keinen Umständen eingeschränkt werden dürfen, sondern ihrerseits der Legitimität sicherheitspolitischer Maßnahmen Grenzen setzen.

In einem Rechtsstaat steht auch die Sicherheitspolitik stets im Dienst der Freiheit. Deshalb wäre es falsch, Sicherheit und Freiheit *abstrakt* gegeneinander auszuspielen. Es reicht aber auch nicht aus, lediglich eine diffuse „Balance“ zwischen beiden zu postulieren. Nur wenn der Rechtsstaat im Kampf gegen mutmaßliche „Feinde der Freiheit“ konsequent seinen eigenen menschenrechtlichen Freiheitsprinzipien treu bleibt, wahrt er seine Glaubwürdigkeit, die wiederum die Voraussetzung dafür bildet, dass der Staat das Vertrauen der Menschen gewinnen kann. Dieses *Vertrauen* aber erweist sich auf lange Sicht als die wichtigste Stütze im Kampf gegen den Terrorismus.

Durch die konsequente Verwirklichung der Menschenrechte schwächt der Rechtsstaat deshalb seine Autorität nicht, sondern er *stärkt* sie. Dies betont auch Leandro Despouy, Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen zu Fragen der Unabhängigkeit von Richterschaft und Anwaltschaft. In seinem jüngsten Bericht, vorgelegt für die Sitzung der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen im Jahre 2004, zeigt er sich davon überzeugt, dass der Terrorismus „auf längere Sicht nicht wirksam mit Maßnahmen bekämpft werden kann, die die Herrschaft des Rechts und das Völkerrecht verletzen. Solche Maßnahmen dürften eher dazu führen, den Terrorismus zu ermutigen oder sogar weitere und noch gewaltsamere terroristische Angriffe zu rechtfertigen, während dadurch zugleich das internationale Rechtssystem sowie die Präventions- und Reaktionsmöglichkeiten der Staaten untergraben werden.“<sup>31</sup> Um es positiv zu formulieren: Die strikte Wahrung der Menschenrechte ist nicht nur moralisch und rechtlich geboten; sie ist darüber hinaus auch sicherheitspolitisch vernünftig.

<sup>31</sup> Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Independence of Judges and Lawyers, Leandro Despouy, E/CN.4/2004/60 (RdNr. 73).

Deutsches Institut für Menschenrechte  
German Institute for Human Rights

Zimmerstrasse 26/27  
D-10969 Berlin

Phone: (+49) (0)30 – 259 359 0

Fax: (+49) (0)30 – 259 359 59

[info@institut-fuer-menschenrechte.de](mailto:info@institut-fuer-menschenrechte.de)