

Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?

Zur Beurteilung staatlicher Folter ist es notwendig, strikt zwischen drei Fragen zu unterscheiden:

- (1) Ist staatliche Folter nach der gegenwärtigen Rechtslage – die sich natürlich in einzelnen Staaten unterscheiden kann – rechtlich erlaubt, verboten oder sogar geboten? Das ist die Frage der Rechtsdogmatik.
- (2) Ist staatliche Folter ethisch gerechtfertigt? Das ist die Frage der allgemeinen Ethik, der politischen Ethik und insofern auch der theoretischen Rechtsethik.
- (3) Sollte, falls die Antworten auf die Fragen (1) und (2) divergieren, das geltende Recht geändert werden? Sollte also – das ist die naheliegende Alternative – ein in vielen Rechtsordnungen bestehendes absolutes rechtliches Folterverbot aus ethischen Gründen eingeschränkt werden, um einen Widerspruch zwischen Recht und Ethik bzw. Moral aufzulösen? Das ist die Frage der praktischen Rechtsethik und Rechtspolitik.

Im folgenden soll es nur um die Fragen (2) und (3) nach der allgemeinen Ethik, politischen Ethik und theoretischen wie praktischen Rechtsethik gehen, nicht um die tatsächlich bestehende Rechtslage. Da die Auflösung eines möglichen Widerspruchs zwischen Ethik und Recht allerdings von der Beurteilung der tatsächlich bestehenden Rechtslage abhängt, ist über sie eine Annahme notwendig: Wegen des Gebots der Unantastbarkeit der Menschenwürde nach Art. 1 I Grundgesetz (GG) und des expliziten Verbots der Mißhandlung Festgenommener in Art. 104 I S. 2 GG wird hier für das deutsche Recht die lange Zeit einhellig anerkannte, mittlerweile aber von einigen wenigen Autoren in Zweifel gezogene These einer Unab-

wägbarkeit der Menschenwürde mit der Folge eines absoluten staatlichen Folterverbots zu Grunde gelegt.¹

Was ist Folter? Die weiteren Überlegungen werden von der folgenden explikativen Definition ausgehen:²

„Ein Mensch wird gefoltert, wenn ihm erhebliches physisches oder erhebliches psychisches Leid zugefügt wird, um seinen Willen zu brechen, insbesondere um ihn zur Preisgabe von Informationen zu veranlassen.“³

¹ Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 34: S. 238, 245]; Höfling, in: Sachs [2003: Art. 1, Rn. 10]; Kunig, in: Münch/Kunig [2000: Art. 1, Rn. 4]; Bielefeldt [2004: S. 952]; Welsch [2003: S. 484ff]; Jahn [2004: S. 48]; Kretschmer [2003: S. 108]; Lüderssen [2004: S. 702ff.]; Roxin [2005: S. 462]; Ziegler [2004: S. 57]; Marx [2003: S. 297- 302ff]. Zum Tabucharakter der Menschenwürde: Poscher [2004]. Eine Abwägung der Menschenwürde sehen dagegen als zulässig an: Brugger [1995: S. 450]; ders., [1996: S. 80ff]; ders., [2000: S. 169]; ders., [2003: S. 8]; Erb [2004: S. 15]; Herdegen, in: Maunz/Dürig [2005: Art. 1, Rn. 43-47]; Herzberg [2005: S. 322f.]; Jarass/Pieroth [2004: Art. 1, Rn. 12]; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck [1999: Art. 1, Rn. 42]; Wittreck [2003: S. 873ff]. Einen dritten Weg geht z. B. Hilgendorf [2004: S. 339]: Er will zwar am absoluten Verbot der Folter festhalten, schränkt den Folterbegriff aber auf die Zufügung starker und andauernder Schmerzen ein und will de lege ferenda leichtere Formen des unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Aussage ausnahmsweise zulassen, wenn dies zur Rettung eines Menschenlebens oder zum Schutz vor erheblichen Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit erforderlich ist.

² Eine Definition, die einerseits Gewaltanwendung zur Leidzufügung zum notwendigen Element erklärt, andererseits auf das Element der Willensbrechung verzichtet, findet sich bei Frey, [1992: S. 1252]: „Torture is the deliberate infliction of violence, and, through violence, severe mental and/or physical suffering upon individuals. It may be inflicted by individuals or groups and for diverse ends, ranging from extracting information, confession, admission of culpability or liability, and self-incrimination to general persuasion or intimidation or for amusement.“ Damit wird aber die Abgrenzung zur Körperverletzung unmöglich.

Art. 1 I der UN-Folterkonvention vom 10. 12. 1984 lautet dagegen⁴:

„Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck ‚Folter‘ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen, 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 stillschweigenden 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 hier zugrunde gelegte Definition ist also in einer Hinsicht weiter als die der UN-Folterkonvention, denn bei ihr erfüllt auch das durch Privatpersonen oder private Gruppen und Organisationen zur Willensbrechung eingesetzte erhebliche Leiden Begriff der Folter. Man denke etwa an die Mafia oder die Colonia Dignidad.⁵

³ Zur Geschichte der Folter: Helbing [1910, Neudruck 2001]; Ruthven [1978]; Schmoeckel [2000]; Peters [2003]; Hilgendorf [2004: S. 332-334]. Zu einer sehr detaillierten Phänomenologie der Folter: Sussman [2005].

⁴ Übereinkommen der UN gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [1990].

⁵ Die Medien hatten etwa am 12. und 13. 3. 2005 anlässlich der Festnahme des Führers der chilenischen Colonia Dignidad Paul Schäfer berichtet, daß dort gefoltert wurde.

Es ist kein Grund ersichtlich, material staatlichem Handeln vergleichbare Handlungen von Privatpersonen oder Privatorganisationen nicht als Folter anzusehen. Die UN-Folterkonvention beschränkt sich auf die staatliche Folter, da das Völkerrecht regelmäßig nur zwischen Staaten Verbindlichkeit entfaltet und die Unterbindung privater Folter selbstredend an den Staat erheblich höhere Anforderungen stellen würde sowie sehr viel schwerer zu realisieren wäre. Die folgenden Überlegungen zielen zwar auf die Bewertung staatlicher Folter, wie sie etwa im Fall der Frankfurter Entführung Jakob von Metzlers in Frage stand.⁶ Zur adäquaten Diskussion der ethischen Bewertung staatlicher Folter erscheint jedoch der Vergleich mit privaten Formen der Leidzufügung zur Willensbrechung unabdingbar.

Enger ist die oben vorgeschlagene Definition des Folterbegriffs, weil sie – wie der Begriff der Folter in Art. 3 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)⁷ – die Zwecke der Bestrafung und Diskriminierung nicht berücksichtigt. Diese Zwecke liegen außerhalb eines einfach konturierbaren Folterbegriffs, weil bei ihrem Einbezug auch die normale Strafhaft oder verschiedene allgemein akzeptierte Formen unmittelbaren Zwangs der Polizei als Folter anzusehen wären. Die UN-Folterkonvention löst dieses Problem, indem sie in Satz 2 alle gesetzeskonformen Maßnahmen ausschließt – ein Weg, der einer ethischen Beurteilung naturgemäß nicht offensteht. Die Zwecke der Bestrafung und Diskriminierung liegen im übrigen jenseits der einzig umstrittenen und deshalb praktisch relevanten Frage nach der Rechtfertigung staatlicher Folter zur Informationsgewinnung.

Beide Definitionen umfassen die bloße Androhung der Folter nicht explizit. Allerdings wird die glaubwürdige Androhung der unmittelbar bevorstehenden Zufügung

⁶ Vgl. Urteil des LG Frankfurt vom 20. 12. 2004 [2005: S. 692ff].

⁷ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [1952]: „Art. 3. Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.“

erheblichen Leides im Regelfall bereits ihrerseits erhebliches psychisches Leid auslösen, so daß sie ebenfalls dem Begriff der Folter unterfällt.

Bei der staatlichen Folter lassen sich im Hinblick auf den Zweck der Informationsgewinnung wenigstens drei Alternativen unterscheiden:

- staatliche Folter zur Gewinnung von retrospektiven Beweisinformationen für eine Strafanklage und einen Strafprozeß (Strafverfolgung),
- staatliche Folter zur Gewinnung von allgemeinen militärisch, politisch oder ökonomisch wichtigen Informationen (Fall der Folter im amerikanischen Militärgefängnis Abu Ghraib),
- staatliche Folter zur Gewinnung von Informationen zum Zweck der Notwehr bzw. Nothilfe gegenüber einer konkreten, einzelnen Bedrohung von Leib und Leben (Frankfurter Fall der Befreiung einer Geisel; fiktiver Fall der Entschärfung einer Bombe).

Die ersten beiden Alternativen der Folter sind mittlerweile ebenso wie die Folter zum Zweck der Einschüchterung⁸ national und international zu Recht geächtet, weil bei ihnen Menschenwürde, Leben und körperliche Unversehrtheit des Gefolterten als höchstrangige Interessen bzw. Güter beeinträchtigt werden, ohne daß vergleichbar höchstrangige Interessen bzw. Güter unmittelbar und konkret geschützt werden sollen. Nur die dritte Alternative des Zwecks der Notwehr bzw. Nothilfe gegenüber einer Bedrohung von Würde, Leib und Leben Unschuldiger wird ernsthaft diskutiert, und zwar in zwei Konstellationen: (1) wie im Frankfurter Fall Jakob von Metzler bei Geiselnahmen, sofern man des Geiselnahmers vor der Freilassung oder dem Tod der Geisel habhaft geworden ist oder (2) in fiktiven Fällen,

⁸ Vgl. zu diesen Alternativen: Wantchekon und Healy [1999: S. 596-609].

bei denen etwa eine Vielzahl von Menschen durch eine Bombe mit tickendem Zeit-
zünder bedroht wird, die nur entschärft werden kann, wenn der vorher gefaßte Ter-
rorist ihr Versteck preisgibt.

Was macht die Folter moralisch und ethisch so problematisch? Sowohl die Zufü-
gung von Leid ohne die Zustimmung des Betroffenen als auch der Zweck der Wil-
lensbrechung widersprechen grundsätzlich dessen Wünschen und Interessen und
sind deshalb schon als solche negativ zu bewerten. Aber es kann bestimmte Situa-
tionen geben, in denen eine dieser Formen der negativen Einwirkung auf den ein-
zelnen als gerechtfertigt angesehen werden muß, etwa die Verurteilung zu einer
Freiheitsstrafe wegen einer Straftat (Zufügung von Leid) oder der unmittelbare
Zwang der Polizei zur Gefahrenabwehr (Brechung des Willens). Das Besondere der
Folter liegt in der zweckgerichteten Verbindung beider grundsätzlich negativ zu
bewertender Einwirkungsarten, also der instrumentellen Verbindung von physi-
scher oder psychischer Leidzufügung und Willensbrechung. Das physische oder
psychische Leid wird zugefügt, *um* den Willen zu brechen. Durch die Leiden und
Schmerzen drückt der eigene Körper oder die Psyche des Gefolterten dabei nicht
wie im Normalfall den eigenen, sondern quasi den fremden Willen des Folterers
aus.⁹ Der Wille des Gefolterten, der nichts preisgeben möchte, und sein eigener
Körper oder seine eigene Psyche, welche die Leiden und Schmerzen für den Be-
troffenen unerträglich machen und deshalb die Preisgabe erzwingen, werden auf
diese Weise zueinander in einen für den Betroffenen zerstörerischen Widerspruch
gezwungen. Die natürliche Einheit des Menschen von Wille und Körper bzw. Psy-
che wird auseinandergerissen. Der Gefolterte erlebt sich durch die Folter in seiner
natürlichen Einheit als freies, willensbestimmtes Geistwesen und als leid- und
schmerzempfindliches Körper- und Seelenwesen negiert und gedemütigt.

⁹ Vgl. zu einer plastischen Analyse: Sussman [2005: S. 21].

I. Ist staatliche Folter zur Notwehr bzw. Nothilfe ethisch gerechtfertigt?

Die Frage läßt sich am Besten anhand einiger Beispielfälle diskutieren, welche die Differenz der Bewertung von privater und staatlicher sowie nah- und fernwirkender Folter verdeutlichen:

Fall 1: Private Notwehr

A hält B als Geisel an Händen und Füßen gefesselt in einem Keller gefangen. B gelingt es, sich seiner Handfesseln zu entledigen. Als A den Keller wieder betritt, stürzt sich B auf A und fügt ihm erhebliche Schmerzen zu, um ihn zur Preisgabe des Verstecks des Schlüssels für die Fußfesseln zu veranlassen.

Wir würden hier wohl einhellig die Notwehr des B, die nach der obigen Definition als Folter zu qualifizieren wäre, als gerechtfertigt ansehen – zumindest wenn wir die Notwehr grundsätzlich für gerechtfertigt halten und A keine sehr großen Verletzungen davonträgt. Die ethische Rechtfertigung dieser Intuition wird sogleich diskutiert werden.

Fall 2: Private Notwehr durch Instrumentalisierung unschuldiger Dritter

Wie Fall 1. Als der körperlich überlegene A den Keller mit seiner unschuldigen Tochter T betritt, stürzt sich B auf T und fügt ihr erhebliche Schmerzen zu, um A auf Abstand zu halten und zur Preisgabe des Verstecks des Schlüssels für die Fußfesseln zu veranlassen.

Wir würden die Folter der T wohl einhellig ablehnen. Die T greift den A nicht an. Deshalb darf sie nicht zum Instrument der Notwehr des B gegen A gemacht werden.

Fall 3: Private Nothilfe

A hält B und C als Geiseln in einem Keller gefangen. C gelingt es, sich seiner Fesseln zu entledigen. Als A den Keller wieder betritt, stürzt sich C auf den A und fügt ihm erhebliche Schmerzen zu, um ihn zur Preisgabe des Verstecks des Schlüssels für die Fesseln des B zu veranlassen.

Wir sehen hier die Notwehr in Form der Nothilfe als gerechtfertigt an, zumindest dann, wenn A keine sehr großen Verletzungen davonträgt.

Fall 4: Staatliche Notwehr

Wie Fall 1, aber B ist Polizeibeamter.

Wir würden hier wohl wie im Fall 1 die Folter aus Gründen der Notwehr als gerechtfertigt ansehen. Der Unterschied, daß B auch Polizeibeamter ist, spielt angesichts der Tatsache, daß er selbst Opfer der Geiselnahme wurde, keine entscheidende Rolle.

Fall 5: Staatliche Nothilfe

Wie Fall 3, aber C ist Polizeibeamter.

Wir sehen das Handeln des C aus Gründen der Notwehr in Form der Nothilfe wie im Fall 3 als gerechtfertigt an. Auch hier kann die Tatsache, daß C Polizeibeamter ist, angesichts der unmittelbar andauernden Geiselnahme und der dagegen gerichteten direkten Nothilfe keine wesentliche Rolle spielen.

Fall 6: Fernwirkende private Nothilfe

Wie Fall 1. Der C hat die Geiselnahme aus der Ferne mitverfolgt, konnte B aber nicht helfen. Einige Tage später trifft C den A zufällig auf der Straße. Da polizeiliche Hilfe nicht rechtzeitig erreichbar ist, stürzt sich C auf A und fügt ihm erhebliche Schmerzen zu, um ihn zur Preisgabe des Verstecks des B zu veranlassen. An-

gesichts der Todesgefahr des B erscheint dies als die einzig realistische Rettungschance für ihn.

Dieser Fall dürfte schon erheblich umstrittener sein. Eine Mehrheit würde aber vielleicht wie in Fall 3 die Folter des C als moralisch erlaubt ansehen.

Fall 7: Fernwirkende staatliche Nothilfe

Der A hält den B vermutlich als Geisel in einem unbekanntem Versteck gefangen. Die Polizei kann A festnehmen. Da A das Versteck des B nicht preisgibt, droht der Polizeibeamte C ihm beim Verhör im Polizeipräsidium erhebliche Schmerzen an und fügt sie ihm schließlich zu, um ihn zur Preisgabe des Verstecks des B zu veranlassen. Angesichts der Todesgefahr erscheint dies als die einzige realistische Rettungschance für B.

Dies ist der sehr strittige Fall der Folter als fernwirkende staatliche Nothilfe.

Fall 8: Fernwirkende staatliche Nothilfe zur Rettung von Millionen

A hat eine Atombombe mit Zeitzünder in einer Millionenstadt versteckt. Die Polizei kann A festnehmen. Um ihn zur Preisgabe des Verstecks zu veranlassen, droht der Polizeibeamte C dem A beim Verhör im Polizeipräsidium erhebliche Schmerzen an und fügt sie ihm schließlich zu. Dies erscheint als die einzig realistische Rettungschance für Millionen von Menschen.

Dies ist der in der Literatur verschiedentlich erörterte Fall¹⁰ der fernwirkenden staatlichen Nothilfe für Millionen von Menschen.

Fall 9: Fernwirkende staatliche Nothilfe durch Instrumentalisierung unschuldiger Dritter

¹⁰ Vgl. z. B. Shue [1978: S. 141]; Trapp [1998: S. 462ff].

Wie Fall 7. Der Geiselnnehmer A hat B vermutlich entführt und hält ihn als Geisel gefangen. Die Polizei kann A und seine unschuldige Tochter T festnehmen. Da A das Versteck des B selbst nach Folter nicht verrät, droht der Polizeibeamte C beim Verhör im Polizeipräsidium dem A an, der T erhebliche Schmerzen zuzufügen und fügt sie ihr schließlich zu, um A zur Preisgabe des Verstecks zu veranlassen. Angesichts der Todesgefahr erscheint dies als die einzige realistische Rettungschance für B.

Fall 10: Fernwirkende staatliche Nothilfe durch Instrumentalisierung unschuldiger Dritter zur Rettung von Millionen von Menschen.

Wie Fall 8. Da A das Versteck der Bombe selbst nach Folter nicht verrät, droht der Polizeibeamte C beim Verhör im Polizeipräsidium dem A an, der unschuldigen Tochter T erhebliche Schmerzen zuzufügen und fügt sie ihr schließlich zu, um A zur Preisgabe des Verstecks der Bombe zu veranlassen. Angesichts der Gefahr erscheint dies als die einzige realistische Rettungschance für Millionen.

Zur Diskussion der Fälle soll zunächst die hier zugrunde gelegte allgemeine ethische Position kurz skizziert werden. Sie ruht auf den folgenden fünf Annahmen, die hier nur cursorisch erläutert, nicht aber sorgfältig begründet werden können:¹¹

(1) *Normativer Individualismus/Humanismus*: Nur Individuen können in letzter Instanz moralische Verpflichtungen rechtfertigen, nicht jedoch Kollektive wie die Nation, das Volk, die Sippe, die Familie, die Gesellschaft, die Rasse etc.¹² Einen derartigen normativen Individualismus bzw. Humanismus vertreten im Ausgangs-

¹¹ Vgl. von der Pfordten [1996: S. 203ff.]; ders. [in Vorbereitung].

¹² Von der Pfordten [2004a: S. 321-346].

punkt auch Utilitarismus, Kantianismus, die Vertragstheorie und einige andere moderne Ethiken, teilweise unter Verwendung anderer Begriffe wie Subjektivismus¹³, Personalismus, Humanismus¹⁴, Autonomie¹⁵, Selbstbestimmung¹⁶, Wert des Einzelnen¹⁷ usw. Mit dem Individualismus verbunden ist eine fundamentale Universalität, d. h. Gleichheit der Berücksichtigung der Individuen.

(2) *Strebungen, Bedürfnisse, Wünsche und Ziele (Interessen)*: Aus dem normativen Individualismus folgt, daß man die Individuen so weit als möglich selbst bestimmen lassen muß, welche Eigenschaften für sie moralisch bzw. ethisch entscheidend sein sollen. Die normativ relevanten Eigenschaften der zu berücksichtigenden Individuen sind deshalb deren Strebungen, Bedürfnisse, Wünsche und Ziele. Diese werden unter dem Begriff „Interessen“ zusammengefaßt. Der Interessenbegriff ist weit und als Sammelbegriff zu verstehen. Aktuelle, frühere, mutmaßliche individuelle und objektive Interessen sind in dieser Ordnung zu berücksichtigen. Eine vergleichbare Voraussetzung bejaht auch der Präferenzutilitarismus.¹⁸

Ich bin allerdings skeptisch gegenüber einem Verständnis von Interessen als Präferenzen, sofern man unter „Präferenz“ nicht nur die triviale Bevorzugung „A besser als -A“, sondern „A besser als B“ versteht. Eine derartige Beschränkung der Interessen auf nichttriviale Besser-Schlechter-Relationen (ordinale Relationen) ist zwar vielleicht als Ideal wünschenswert, als generelle Annahme aber zweifelhaft, weil viele Menschen manche Interessen nicht in Form einer solchen Besser-Schlechter-

¹³ Trapp [1988: S. 304, 310ff.]; von Kutschera [1999: S. 59, 121ff.].

¹⁴ Baron [1997: S. 10]

¹⁵ Beauchamp/Childress, [2001: S. 57ff.]; Schneewind [1998]; Feinberg [1986: S. 27ff.].

¹⁶ Gerhardt [1999].

¹⁷ Hastedt [1998].

¹⁸ Singer [1993: S. 13 und passim].

Relation formulieren können oder wollen. Es ist keine Rechtfertigung ersichtlich, wie oder warum man sie dazu zwingen könnte oder sollte oder entsprechende kontrafaktische Annahmen machen dürfte. Es ist auch keine Rechtfertigung ersichtlich, warum man jenseits der Realität ein vollständiges System oder gar eine Ordnung von Präferenzen annehmen dürfte. Diese Skepsis führt zu einer Skepsis gegenüber allen Versuchen der Kardinalisierung bzw. Quantifikation von Nutzenwerten.

(3) *Pluralismus des Bezugs der moralischen Wertungen und Verpflichtungen.* Die Interessen des von einer Handlung Betroffenen können sich auf alle Aspekte einer Handlung im weiteren Sinn beziehen: den Charakter des Akteurs, seine Wünsche, seine Gründe, seine Ziele und Maximen, seine Mittelauswahl, seinen Handlungswillen etc. Wir haben etwa nicht nur ein Interesse, daß uns unser Nachbar nicht schädigt, sondern auch, daß er keine entsprechende Schädigungsabsicht hegt, keine Vorbereitungen trifft, keine Mittel auswählt, keinen Handlungswillen ausprägt usw. (was natürlich nicht heißt, daß diese Interessen immer auch berechtigt sind). Ein strikter Konsequentialismus,¹⁹ das heißt die ausschließliche Beschränkung der Bezugnahme der Interessen bzw. moralischen Wertungen und Verpflichtungen auf die Konsequenzen von Handlungen, scheint mir demnach nicht rechtfertigbar zu sein. Und es genügt auch nicht, wenn der Konsequentialismus – wie von manchen modernen Konsequentialisten – auch auf die interessenbefriedigende Handlung als

¹⁹ Es wird immer wieder behauptet, der Konsequentialismus sei erst im 20. Jahrhundert im Hinblick auf den Utilitarismus entwickelt oder expliziert worden. Aber das trifft nur für die Bezeichnung zu, nicht für die sachliche Annahme selbst. Bereits Bentham hat sie klar ausgesprochen. Vgl. Bentham [1988: S. 70]: “The general tendency of an act is more or less pernicious, according to the sum total of its consequences: that is according to the difference between the sum of such as are good, and the sum of such as are evil.”

solche und ihre Umstände erweitert wird.²⁰ Der Konsequentialismus wurde von Bentham formuliert und ist ein notwendiges Korrelat des Hedonismus, weil Lust und Leid nur passive, nicht-intentionale Zustände sind, während sich Interessen aktiv und intentional oder wenigstens quasi-intentional auf alle oben erwähnten möglichen Aspekte einer interessenbeeinträchtigenden Handlung im weiteren Sinne von Anderen richten können.

(4) *Möglichkeit und Notwendigkeit eines Abwägungs- bzw. Aggregationsprinzips.* Die individuellen Interessen müssen in Konfliktfällen abgewogen bzw. zusammengefaßt werden, um zu einer Lösung des moralischen Konflikts zu gelangen. Ein Prinzip der Zusammenfassung wird vom Utilitarismus, von deontologischen Ethiken sowie beinahe allen anderen Ethiken mit Ausnahme rein egoistischer Willensethiken, wie derjenigen Nietzsches, in der einen oder anderen Form bejaht.

(5) *Abwägung als faire Grenzziehung zwischen Interessenräumen.*

Man müßte an dieser Stelle alle Abwägungs- bzw. Aggregationsprinzipien materialer und prozeduraler Art diskutieren: das Gleichheitsprinzip, das Maximierungsprinzip, das Universalisierungsprinzip, das Maximinprinzip, das Paretoprinzip, das Satisficing-Prinzip, das Vertragsprinzip, das Diskursprinzip usw. Die hier vertretene These lautet, daß jedes dieser Prinzipien als alleiniges oder auch nur hauptsächliches Prinzip der Zusammenfassung der Interessen der betroffenen Individuen zweifelhaft ist.

Das Maximierungsprinzip des Utilitarismus gerät etwa, universal angewandt, zum normativen Individualismus in Widerspruch, weil es die von der fraglichen Handlung betroffenen Individuen mit ihren Interessen nur als Ausgangspunkt, nicht aber

²⁰ Trapp [1988: S. 317]; Birnbacher [2003: S. 176ff.].

immer auch als Ziel der Abwägung berücksichtigt. Es erlaubt, daß um des größten Gesamtnutzens willen manche Individuen in einigen Situationen in ihrer Interessenbefriedigung reduziert oder sogar ganz übergangen werden. Man denke an die bekannten inakzeptablen Fälle der Tötung und Organentnahme bei einem lebenden Patienten, um mehrere andere zu retten.²¹ Es handelt sich dabei auch nicht nur um eine kognitive oder moralische Überforderung,²² die durch eine Zweiebenenstrategie, wie sie etwa Richard M. Hare vorschlägt,²³ vermieden werden könnte, sondern um eine grundsätzliche Ungerechtigkeit der Maximierungslösung in manchen moralischen Konfliktsituationen. Das Maximierungsprinzip erscheint deshalb nur in bestimmten Fällen als alleiniges Abwägungsprinzip gerechtfertigt. Es kommt nur in Betracht, wenn es um gemeinsame Projekte ohne Verletzung gravierender individueller Kerninteressen, v. a. individuelle Rechte geht, etwa bei politischen und gemeinschaftlichen Entscheidungen ohne gravierende Beeinträchtigung von Individualrechten, z. B. der Bewerbung einer Stadt um die Olympischen Spiele, der Verbesserung des Schulsystems und Straßennetzes etc.

Faßt man das Universalisierungsprinzip als logisches Konsistenzprinzip der Maximen, so sind kaum Maximen ersichtlich, die ausgeschlossen werden. So ist etwa die Maxime zu töten nicht ausgeschlossen, denn es ist nicht logisch inkonsistent, daß jeder versuchen darf, jeden zu töten.²⁴ Faßt man das Universalisierungsprinzip stärker als Prinzip der Berücksichtigung negativer Gesamtfolgen, wenn jeder etwas tun würde – also im Sinne von M. G. Singers Argument der Verallgemeinerung²⁵ – so ist es bekanntlich nur in einigen speziellen Fällen der Folgenkumulation signifi-

²¹ Vgl. z. B. Thomson [1990: S. 137ff.].

²² Vgl. etwa Birnbacher [2003: S. 194ff.].

²³ Hare [1981]

²⁴ Vgl. Birnbacher [2003: S. 136]; Schroth [2001: S. 141ff.].

²⁵ Singer [1975: S. 86ff.].

kant, etwa den bekannten Fällen des Verbots, über einen Rasen zu gehen. Aber auch in derartigen Fällen der Unfairneß gilt es nicht universell. Denn manche Handlungen hätten zwar negative Gesamtfolgen, wenn alle entsprechend handeln würden. Da aber gar nicht alle ein Interesse an der Ausführung der Handlung haben, ist nicht ersichtlich, warum die Handlung einigen verwehrt werden sollte.²⁶ Es mag zwar vielleicht schlechte Gesamtfolgen haben, wenn alle Golf spielen, aber solange nur wenige Golf spielen wollen, so daß deren Handeln keine negativen Folgen hat, ist nicht ersichtlich, warum man den wenigen, die Golf spielen wollen, dies verwehren sollte.

Der erste und grundlegendste Gesichtspunkt muß beim fünften Element die unterschiedliche Wertigkeit bzw. Berücksichtigungswürdigkeit der Interessen in der Abwägung sein. Aber wie soll diese bestimmt werden? Der normative Individualismus scheint es zunächst nahezu legen, nicht nur die Interessen der Betroffenen, sondern auch die Interessen an den Interessen, also die jeweilige Gewichtung der eigenen Interessen auf einer sekundären Ebene zu berücksichtigen. Allerdings könnte sich dann der einzelne natürlich durch eine besondere Gewichtung der je eigenen Interessen einen Sondervorteil in der Abwägung verschaffen. Man muß die Bewertung also objektivieren. Mein Lösungsvorschlag für ein Metaprinzip der Interessengewichtung lautet folgendermaßen: Je stärker die individuellen Interessen in der Realisation von den betroffenen Anderen bzw. der Gemeinschaft abhängen, desto stärker muß es sich der einzelne gefallen lassen, daß die betroffenen Anderen bzw. die Gemeinschaft sie in Abwägungen relativieren. Das entsprechende normative Metaprinzip soll „Prinzip der relativen Individual- bzw. Gemeinschaftsbezogenheit der Individualinteressen“ heißen. Es lautet präzise formuliert: *Je stärker das Interesse eines Individuums in der Realisation von den fraglichen anderen Be-*

²⁶ Birnbacher [2003: S. 157ff.].

*troffenen bzw. der Gemeinschaft abhängt, desto eher darf diese entscheiden bzw. muß sich der Betroffene eine Relativierung in der Abwägung gefallen lassen.*²⁷

Man kann hier in idealtypischer Form von einem Kontinuum ausgehen. An dessen einem Ende stehen Interessen, die in ihrer Realisation sehr wenig oder gar nicht von den jeweils betroffenen Anderen bzw. der spezifischen Gemeinschaft abhängen, sondern durch sie allenfalls gefördert werden, etwa das eigene physische Leben des einzelnen, seine körperliche Unversehrtheit, das eigene Denken und Wollen etc. Diese Interessen lassen sich in allen Ländern der Erde und in allen Kulturen und Gesellschaften realisieren und für sie gilt dann regelmäßig das Gleichheitsprinzip. Am anderen Ende stehen fast vollständig von spezifischen sozialen Gemeinschaften abhängige Interessen, wie etwa das Interesse, öffentliche Einrichtungen wie Museen oder öffentliche Verkehrsmittel zu nutzen, das Interesse an gemeinsamer Kommunikation, an der gemeinsamen Wirtschaft, für die wohl vor allem das Maximierungsprinzip gilt. Zwischen beiden Extremen liegen z. B. Interessen an individuellen Handlungen wie der Erwerbstätigkeit.²⁸

Das Interesse, nicht gefoltert zu werden, verbindet nun zwei jeweils kaum gemeinschaftsabhängige Interessen: das Interesse an der eigenen körperlichen Unversehrtheit und das Interesse an der Freiheit, gemäß dem eigenen Willen zu handeln. Diese praktisch fast vollständig fehlende Gemeinschaftsabhängigkeit beider Interessen führt dazu, daß auch das Interesse, nicht gefoltert zu werden, praktisch nicht gemeinschaftsabhängig ist. Die Menschen können auch in anderen Ländern oder Zeiten erwarten, nicht gefoltert zu werden. Deshalb muß das Interesse, nicht gefoltert zu werden (und allgemeiner: die Menschenwürde), nach dem Metaprinzip der relativen Individual- bzw. Gemeinschaftsbezogenheit der Individualinteressen in höch-

²⁷ Vgl. von der Pfordten [2001: S. 445ff.].

²⁸ Vgl. von der Pfordten [2001: S. 453ff.].

stem Maße frei von sozialer Relativierung bleiben. Für Unschuldige wird man es fast als absolut ansehen müssen (zu einer minimalen Relativierung sogleich). Eine Einschränkung könnte allerdings, ähnlich wie beim Interesse am eigenen Leben oder der körperlichen Unversehrtheit gelten, wenn jemand selbst die Interessen anderer unrechtmäßig beeinträchtigt. Dann stellt sich die Frage der Notwehr.

Das Recht des Betroffenen zur Notwehr und die Pflicht zur Beachtung der Interessen des Anderen durch den Akteur sind zwei Seiten einer Medaille. Der Betroffene darf die Überschreitung seines Interessenraums mit Hilfe der Notwehr zurückweisen, weil der Akteur keine interpersonale Rechtfertigung für das Eindringen in den Interessenraum des Anderen hat. Der Antagonismus von Beeinträchtigung und Zurückweisung erwächst aus dem jeder Moral und Ethik im engeren Sinne zugrunde liegenden Antagonismus von Akteur und Betroffenenem.

Die Notwehr ist also zur Abwehr der Verletzung des eigenen Interessenraums grundsätzlich ethisch erlaubt. Die Geisel darf sich deshalb in den obigen Beispielfällen befreien. Allerdings rechtfertigt das legitime Ziel der Notwehr nicht jedes Mittel zur Erreichung dieses Ziels.²⁹ Jeder Mitteleinsatz im Rahmen der Notwehr kann seinerseits den Anderen in seinen Interessen verletzen und ist damit beschränkt. Aber weder die Zufügung von Leid und Schmerz noch das Ziel der Willensbrechung sind als Mittel der Notwehr grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sie geeignet und erforderlich sind. Es ist deshalb auch kein abstrakter Grund ersichtlich, warum die Verbindung beider Mittel, also die Folter als Mittel der Notwehr oder Nothilfe, ethisch absolut ausgeschlossen sein sollte. Die Verbindung wiegt aber als Kumulation zweier Übel, die Wille und Körper bzw. Psyche des Menschen auseinanderreißen, besonders schwer. Im übrigen besteht trotz eines Angriffs eine

²⁹ Anders als etwa Hobbes [1991: S. 91] annimmt, darf nicht jedes Mittel zur Selbsterhaltung eingesetzt werden, und es besteht auch kein Recht auf alles.

aus dem gemeinsamen Interesse am Fortbestand der menschlichen Gemeinschaft erwachsende wechselseitige Solidaritätspflicht, die dem Notwehrberechtigten zwei Begrenzungen auferlegt: Er darf zum einen nur das erforderliche, also mildeste Mittel wählen. Der Einsatz des Mittels darf des weiteren zum angestrebten Ziel der Notwehr nicht in einem groben Mißverhältnis, also vollständig außer Verhältnis stehen. Dem Verteidiger ist zwar keine einfach-maximierende Schaden-Nutzen-Abwägung auferlegt (zumindest wenn man der Auffassung des deutschen Strafrechts folgt), aber extreme, unverhältnismäßige Diskrepanzen schließen ethisch wie juristisch nach der h. M. die Rechtfertigung aus.³⁰ Obstdiebe im Garten darf man z. B. packen und mit Gewalt vertreiben, nicht aber erschießen.³¹

Im obigen Fall 1 ist also die erwähnte milde Folterhandlung als Notwehr gerechtfertigt, weil sie zu dem abzuwehrenden Angriff nicht gravierend außer Verhältnis steht.

Die Instrumentalisierung unschuldiger Dritter, wie im Fall 2, ist dagegen in Notwehrfällen grundsätzlich ausgeschlossen.³² Die Tochter T ist gemäß dem ethischen Postulat des normativen Individualismus mit ihren eigenen Interessen individuell zu berücksichtigen und nicht als Teil eines angreifenden Kollektivs mit ihrem Vater. Sie ist selbst nicht in den Interessenraum des B eingedrungen und damit kein legitimes Ziel der Notwehr des B. Sie darf deshalb grundsätzlich nicht als bloßes Mittel zur Beeinflussung ihres Vaters eingesetzt werden.

³⁰ Vgl. für das juristische Notwehrrecht des § 32 StGB: von der Pfordten [2003: S. 359-373].

³¹ Schönke/Schröder [2001: §34, Rn. 22ff.]; anders Locke [1960: S. 279].

³² Vgl. für die Verantwortlichkeit als notwendige Voraussetzung der Notwehr auch: Norman [1995: S. 127ff.].

Es gibt allerdings eine kleine Einschränkung des Prinzips, daß unbeteiligte bzw. unschuldige Dritte nicht durch Folter oder in sonstiger Weise im Rahmen der Notwehr oder Nothilfe instrumentalisiert werden dürfen. Auch unbeteiligte bzw. unschuldige Dritte haben wegen der bestehenden menschlichen Lebensgemeinschaft schwache allgemeine Solidaritäts- und mithin Hilfspflichten in Unglücksfällen, wie sie rechtlich in § 323 c Strafgesetzbuch (StGB) (Unterlassene Hilfeleistung) normiert sind. Sofern die Hilfe zumutbar ist, muß jeder anderen in Unglücksfällen beistehen, etwa einen Ertrinkenden retten. Die T müßte dem B also prinzipiell gegen den Angriff ihres Vaters helfen, sofern sie schon ein gewisses Alter und damit eine gewisse Vernunftfähigkeit erreicht hat, also etwa ab einem Alter von 14-16 Jahren. Fraglich ist nun aber, ob diese schwache Pflicht zur Hilfeleistung auf Seiten der T den B auch berechtigt, sie zur Hilfe zu zwingen. Der externe Zwang, einer Pflicht nachzukommen, stellt eine zusätzliche gravierende Verletzung der Autonomie dar und vermindert deshalb das Ausmaß dessen, was verlangt werden kann, erheblich. Die T muß also nicht in Kauf nehmen, von B verletzt oder Schmerzen ausgesetzt zu werden. Allerdings könnte man vielleicht annehmen, daß B dem A mit Maßnahmen gegen die T in deren Anwesenheit drohen darf, sofern er sich in Lebensgefahr befindet, die T älter als 14-16 Jahre ist und es sich nur um eine Scheindrohung handelt. Man wird jedoch natürlich fragen müssen, inwieweit man von der T verlangen kann, sich gegen ihren eigenen Vater zu wenden. Dies wird man im Fall einer aufgezwungenen Scheindrohung bejahen können. Das Verhältnis zwischen Vater und Tochter würde durch eine solche aufgezwungene Scheindrohung nicht belastet, weil sich die Tochter ja nicht aus freien Stücken gegen ihren Vater gestellt hat. Kein verständiger Vater wird seine Tochter wegen etwas verurteilen, zu dem sie von anderen gezwungen wurde.

Im Fall 3 gilt: Jeder Angegriffene darf auch Mittel zu seiner Verteidigung einsetzen. Dies können auch andere Menschen sein. So darf sich der gefangene B des C

zur Verteidigung gegenüber dem Angriff des Geiselnahmers A bedienen. Dem Helfer C ist die Hilfeleistung damit auch erlaubt, sofern der gefangene B mit der Hilfe einverstanden ist. Ist dies nicht der Fall, so wird man die Hilfe wegen der Grundannahme des normativen Individualismus kaum als zulässig ansehen können. Niemand ist verpflichtet, sich Hilfe aufdrängen zu lassen. Man könnte höchstens fragen, ob C nicht dennoch durch die Wahrung von Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt wäre, etwa durch das Interesse der Allgemeinheit, Straftaten abzuwenden bzw. zu beenden.

Im Fall 4 ändert sich gegenüber Fall 1 die Qualität der Geisel. Da der Polizeibeamte aber hier nicht in seiner spezifischen Eigenschaft als Teil der überlegenen Behördenorganisation des Staates tätig wird, sondern wie ein Privater, kann dies keine unterschiedliche Wertung gegenüber Fall 1 rechtfertigen. Die Notwehr ist auch hier ethisch zulässig.

Im Fall 5 gilt die gleiche Wertung wie in Fall 3. Die Nothilfe ist erlaubt.

Im Fall 6 der fernwirkenden privaten Nothilfe treten nun einige Veränderungen hinzu, welche die Folter des Geiselnahmers A durch den Helfer C problematisch werden lassen. Anders als wenn alle Beteiligten anwesend sind, wird man hier die Qualität des Helfers C, Mittel des gefangenen B zur Verwirklichung seiner Nothilfe zu sein, nicht mehr eindeutig bejahen können. Der Helfer C kann nicht wissen, ob der gefangene B die Hilfe wirklich noch benötigt oder nicht schon längst freigekommen, freigelassen oder gestorben ist. Die Notwehrlage ist also sehr unsicher. C kann deshalb Bestand und Intensität des Angriffs und damit auch die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Abwehrmittel nicht vernünftig einschätzen. C kann überdies nicht wissen, ob B die Hilfe durch Folter wirklich will. Möglicherweise ist er ein so friedfertiger Mensch, daß er derartige Mittel ablehnt und seine

Gefangenschaft lieber erträgt, also frei nach Platon bzw. Sokrates lieber Unrecht leidet als Unrecht tut.³³ Schließlich ist nie ganz auszuschließen, daß C nicht doch staatliche Hilfe herbeizuholen vermag, etwa wenn gerade ein Streifenwagen um die Ecke biegt. All dies führt dazu, daß im Fall 6 die Folter des C als Nothilfe nur in bestimmten klaren und gravierenden Fällen zulässig sein kann, also nur wenn C als sehr wahrscheinlich annehmen kann, daß B noch in Geiselhaft ist, in Lebensgefahr schwebt und mit der Nothilfe durch Folter des A einverstanden ist sowie keine staatliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann.

Im Fall 7 kommt nun zu den soeben erörterten Unsicherheiten der fernwirkenden privaten Nothilfe noch die Tatsache des Handelns durch den Staat hinzu. Was läßt hier die Folter als Nothilfe so besonders problematisch werden? Es sind zwei Aspekte:

Zum ersten besteht eine große Gefahr des Mißbrauchs:³⁴ Beim Verhör im Polizeipräsidium tritt der Beamte dem Opfer der Folter nicht wie in den Fällen 4 und 5 als einzelner Privater, sondern im Zusammenhang der gesamten Staatsmacht in ihren eigenen Räumen und mit prinzipiell überlegenen Gewaltmitteln gegenüber. Während der einzelne immer nur seinen eigenen beschränkten Kräften vertrauen kann, so sind die Gewaltmittel des Staates potentiell unüberbietbar. Der Gefolterte ist der Überlegenheit der Staatsmacht in ihren eigenen Räumen hilflos ausgeliefert. Diese Überlegenheit eröffnet alle Möglichkeiten für einen Mißbrauch, der weder kontrolliert noch sanktioniert werden kann. Der Betroffene wird möglicherweise zum Schweigen gebracht oder so unter Druck gesetzt, daß er schweigt. Die lange blutige Geschichte mißbräuchlich eingesetzter Folter mahnt zu besonderer Vorsicht. Die

³³ Platon [527b].

³⁴ Vgl. zur Mißbrauchsgefahr als Grund für das Folterverbot sehr eingehend: Gebauer [2004: S. 1408ff.].

Folter war über Jahrtausende das wesentliche Unterdrückungs- und Einschüchterungsmittel der Herrschenden. Und erst in jüngster Zeit ist es mühsam gelungen, die Folter in einigen Teilen der Welt einzudämmen.

Allerdings ist die Intensität der Mißbrauchsgefahr nicht a priori feststehend, sondern empirisch variabel. Sie ist in einer Diktatur bzw. einem Unrechtsstaat besonders groß, so daß man in einer solchen Staatsform staatliche Folter selbst als fernwirkende Nothilfe kategorisch ausschließen muß. In einem Rechtsstaat ist die Mißbrauchsgefahr geringer, aber immer noch signifikant. Auch in und durch Rechtsstaaten kommt es immer wieder zu unerlaubter Folter, wie das Beispiel der Folter durch amerikanische Soldaten im irakischen Gefängnis Abu Ghraib zeigt. Und selbst im Frankfurter Fall Jakob von Metzler stellte das Urteil des Landgerichts fest, daß die Polizei trotz aller Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit mißbräuchlich gehandelt hat, weil vor Androhung der Folter nicht alle milderen Mittel ausgeschöpft wurden, den Geiselnnehmer zur Preisgabe des Verstecks der Geisel zu bewegen.³⁵

Zum zweiten macht aber auch die spezifische Struktur politischen Handelns staatliche Folter problematisch. Das oben gerechtfertigte ethische Postulat des normativen Individualismus führt dazu, daß politisches bzw. staatliches Handeln keine letzte eigene Legitimität haben kann, sondern notwendig repräsentativ ist. Das bedeutet: Politisches bzw. staatliches Handeln geschieht immer in Vertretung der Menschen in einer politischen Gemeinschaft.³⁶ Das Individuum ist die letzte Quelle politischer Legitimität.³⁷ Seine Autonomie wird nicht durch den Staat oder die Gesellschaft erzeugt, sondern liegt diesen voraus. Staat und Gesellschaft müssen sie anerkennen. Die Menschenwürde ist der unmittelbarste Ausdruck dieser Autonomie.

³⁵ Urteil des LG Frankfurt vom 20. 12. 2004 [2005: S. 693ff.].

³⁶ Vgl. von der Pfordten [2001: S. 218-224].

³⁷ Von der Pfordten [2003: S. 300].

Mit der Folter wird sie negiert, da der Wille des Gefolterten gebrochen werden soll. Damit wird durch die Folter die letzte Grundlage der Legitimität politischer Herrschaft negiert.

Bei politischem Handeln tritt also eine Komponente hinzu, die jenseits der einfachen Abwägung der Interessenräume der Betroffenen durch die Individualmoral liegt. Man muß sich vielmehr fragen, ob es angesichts der Unsicherheit und der Mißbrauchsgefahr angemessen sein kann, in unser aller Namen zu foltern, das heißt die Autonomie und Menschenwürde einiger Mitglieder unserer politischen Gemeinschaft zu verletzen. Das Problem ist dabei nicht mit dem Hinweis zu lösen, es bedürfe eben einer mehrheitlichen Entscheidung der demokratisch legitimierten Organe, und die Mehrheit der Bevölkerung sei ja für den Einsatz der Folter. Denn bei derartig gravierendem Handeln, das mit der Autonomie und Menschenwürde die letzte Grundlage der Legitimität politischer Herrschaft im einzelnen Menschen tangiert, wird man wie bei den Menschen- und Grundrechten Minderheiten schützen und ihnen eine Vetoposition einräumen müssen. So wie ein einzelner Unschuldiger nicht auf Grund eines Mehrheitsentscheids durch den Staat getötet werden darf, darf der einzelne auch nicht ohne weiteres durch Mehrheitsentscheid zwangweise zum Miturheber oder Objekt außerordentlich problematischer, per se immer negativer und extrem gravierender, weil menschenwürdeverletzender Foltermaßnahmen gemacht werden.

Mir scheint die Abwägung im Rechtsstaat deshalb auf der ethischen Ebene auf ein Patt hinauszulaufen. Zum einen bestehen ein Recht und auch eine Pflicht des Staates, dem Entführungsoffer mit allen möglichen Mitteln zu helfen. Zum anderen kumulieren im Fall 7 die Unsicherheit der Fernwirkung, die große Mißbrauchsgefahr staatlicher Machtausübung und die Limitation legitimer politischer Repräsentation bei derart gravierenden negativen Einwirkungen, wie eine allgemein akzeptierte staatliche Folterpraxis sie darstellen würde. Es spricht deshalb viel dafür, die Grenze des menschlichen Körpers als symbolische ethische Grenze staatlicher

Machtausübung anzuerkennen und prinzipiell keine Eingriffe jenseits dieser Körpergrenze, also in Würde, Leib, Leben und Psyche des einzelnen zuzulassen, sofern jemand andere Menschen nicht unmittelbar und gegenwärtig angreift und dieser Angriff nicht direkt physisch also wirklich in einem engen und strikten Sinne wie durch einen Privaten und quasi in dessen Vertretung abgewehrt werden kann.³⁸

Im Fall 8 sind die Parameter gegenüber Fall 7 noch einmal verschoben. Die Unsicherheit der Nothilfeflage ist erheblich geringer, weil ausgeschlossen ist, daß die Geisel die Hilfe durch Folter nicht will, sich schon selbst befreit hat, freigelassen wurde oder bereits gestorben ist. Die Zeitschaltuhr der Bombe tickt unerbittlich. Wenn der Zündmechanismus nicht versagt, was man im Normalfall nicht als wahrscheinlich ansehen kann, wird die Bombe explodieren. Auch die Gefahr des Mißbrauchs der Folter durch die Polizei ist erheblich geringer, da anders als bei der Geiselbefreiung ein derartiger Bombenfall außerordentlich selten vorkommen wird. Die Folter würde sich deshalb niemals verheimlichen lassen. Die Vielzahl der vermutlichen Todesopfer darf überdies zwar – sofern man wie oben die allgemeine Anwendung des Maximierungsprinzips ablehnt – nicht in der direkten Abwägung zwischen Täter und einzelner Opfer zählen. Sie zählt aber im Hinblick auf solche unpersönlichen Faktoren in der Abwägung wie Unsicherheit über die tatsächlichen Umstände und die Gefahr staatlichen Mißbrauchs der Folter.

Schließlich erscheint auch der letzte Ablehnungsgrund der politischen Repräsentation beim fiktiven Fall einer Zeitbombe nicht mehr das gleiche Gewicht zu haben. Wenn eine Millionenstadt ausradiert würde und die staatlichen Stellen nicht alles Menschenmögliche unternähmen, so wäre das politische System selbst in großer

³⁸ Vgl. zur Verteidigung einer solchen politischen Ethik, welche die symbolische Grenze des Körpers als prinzipielle Grenze politischen Handelns anerkennt: von der Pfordten [2001: S. 459ff.].

Gefahr. Dann wird man im Hinblick auf die Repräsentation aller durch die politische Gemeinschaft aber auch keine strikte oder auch nur begrenzte Vetoposition der Minderheit annehmen können, weil die Anerkennung und politische Realisation dieser Vetoposition ihrerseits auch von der Existenz der politischen Gemeinschaft abhängt. Auch hier zählt im übrigen die Vielzahl der möglichen Todesopfer. In den Fällen der konkreten Bedrohung einer Millionenbevölkerung durch eine Zeitbombe wird man deshalb wohl die möglichst milde und verhältnismäßige Anwendung von Maßnahmen der Informationserlangung gegenüber dem Verbrecher für ethisch ausnahmsweise erlaubt halten dürfen. Dabei ist allerdings der klare Unterschied zu den Fällen der Geiselnahme zu betonen und deutlich zu machen, daß die ethische Erlaubtheit weder die rechtliche Erlaubtheit noch ein Gebot oder auch nur eine Erlaubnis zur Änderung der gegenwärtigen Rechtslage des absoluten Verbots staatlicher Folter impliziert.

Im Fall 9 führen Unsicherheit, Mißbrauchsgefahr und die Vetoposition der repräsentierten Minderheit gegenüber den Fällen 2 und 7 zu einer noch eindeutigeren Aussage. Man wird hier annehmen müssen, daß selbst die bloße Androhung der Folter gegenüber Unschuldigen unzulässig ist.

Im Fall 10 sind wie im Fall 8 Unsicherheit, Mißbrauchsgefahr und die Vetoposition der repräsentierten Minderheit erheblich geringer zu gewichten. Fraglich ist, ob das die staatliche Folter der Tochter rechtfertigt. Man wird dies wie im Fall 2 vielleicht für die täuschende kurzzeitige Androhung gegenüber A annehmen können, sofern die Tochter älter als 14-16 Jahre ist. Auch Unschuldige haben eine Hilfspflicht. Aber diese besteht direkt gegenüber jedem einzelnen Opfer. Die Kumulation der größeren Opferzahl erhöht deshalb die individuelle Hilfspflicht nicht. Man wird deshalb nicht mehr erlauben dürfen, als jeder verständige Mensch in Kauf nehmen müßte, um eine Millionenstadt zu retten.

II. Welche Forderungen wird die Rechtsethik an das geltende Recht stellen?

Gelten diese Resultate der Ethik nun auch für das positive Recht, mit der Folge, daß man das gegenwärtige absolute Verbot der Folter einschränken müßte?

Ethische Begründungen sind zunächst einmal *prima facie* auch gute Begründungen für das positive Recht. Allerdings kann nicht alles, was ethisch gerechtfertigt oder moralisch geboten ist, auch rechtlich sinnvoll normiert werden. Manche moralische Pflichten, wie das generelle Lügenverbot, kann das Recht nicht gebieten, weil eine allgemeine Kontrolle und Sanktion des Lügenverbots praktisch unmöglich ist. Umgekehrt gibt es Recht, dem keine vergleichbare moralische Forderung korrespondiert, etwa das Verbot, ohne eine Baugenehmigung zu bauen. Die vom Recht und von der Moral verbotenen, gebotenen oder erlaubten Handlungen sind also nicht Teil zweier identischer, sondern nur Teil zweier sich schneidender Mengen.

Das Recht ist ein spezifisches menschliches Mittel, um bestimmtes Verhalten zu regeln, also einen bestimmten Zweck zu erreichen. Und wie jedes Mittel zu einem bestimmten Zweck kann auch das Recht zum Zweck der Sicherung ethischer Standards untauglich oder unverhältnismäßig sein. Um dies für den Fall der Folter beurteilen zu können, müssen einige allgemeine Merkmale des Rechts skizziert werden. Das Recht ist in den heutigen Gesellschaften – von wenigen Spezialformen wie dem Vereinsrecht und dem Kirchenrecht abgesehen – im wesentlichen Ergebnis politischer Entscheidungen. Es ist Teil und Instrument der politischen Repräsentation. In ihm spiegeln sich in starkem Maße grundlegende Wertungen der politischen Gemeinschaft. Das Recht ist allgemein, öffentlich, formal, in weiten Teilen

strikt gebietend und regelmäßig mit Sanktionen verbunden.³⁹ Seine Entscheidungen haben eine hohe generelle Orientierungskraft für das Verhalten der einzelnen Bürger. Das Recht wirkt auf Grund dieser Eigenschaften in weit höherem Maße repräsentierend und gesellschaftsprägend als allgemeine politische Entscheidungen. Die Ethik erhebt zwar auch einen Allgemeinheitsanspruch. Aber verschiedene partielle Moralsysteme können faktisch nebeneinander existieren, etwa gestützt durch unterschiedliche religiöse Überzeugungen. Das gilt in gewissem Maße auch für politische Ethiken. Man kann ein demokratisches System etwa als Christ, Humanist, Buddhist, Moslem, Utilitarist oder Deontologe unterstützen. Beim Recht ist das anders. Es muß in grundlegenden Entscheidungen im Rahmen einer politischen Gemeinschaft im wesentlichen allgemein sein, um die „Einheit der Rechtsordnung“ zu wahren.⁴⁰

Alle diese, das Recht von der Moral, der Ethik und der allgemeinen Politik unterscheidenden Merkmale, lassen beim Recht die gesellschafts- und bewußtseinsprägende Einschränkung des absoluten Folterverbots erheblich stärker ins Gewicht fallen als bei Moral und Politik. Dies gilt besonders im internationalen Kontext. Folter ist der klassische und gravierendste Fall staatlichen Machtmißbrauchs. Insofern erscheint es dringend geboten, am absoluten rechtlichen Verbot der Folter festzuhalten,⁴¹ um ihren weltweiten Mißbrauch zu bekämpfen. Dies gilt insbesondere für Deutschland mit seiner NS-Vergangenheit. Die Bundesrepublik Deutschland

³⁹ Zur Allgemeinheit und Öffentlichkeit des Rechts z. B.: Fuller [1969: S. 39, 46ff.]. Zur Formalität des Rechts: Summers [1997]. Zur regelmäßigen Sanktionierung des Rechts: Rüthers [2005: Rn 58, S. 45]; noch weitergehend: Kelsen [1960, S. 34ff.].

⁴⁰ Vgl. Baldus [1995]. Föderale Systeme eröffnen allerdings die Möglichkeit, auf der Ebene von Gesamtstaat und Gliedstaaten zu partiell unterschiedlichen, jedoch jeweils ihrerseits für die jeweilige politische Gemeinschaft einheitlichen Regelungen zu gelangen.

⁴¹ Vgl. zu einer ähnlichen Einschätzung: Shue [1978: S. 143]. Für eine Autorisierung zur Folter in speziellen Fällen dagegen: Levinson [2003: S. 86f].

bezog ihr Selbstverständnis als legitimes politisches Gemeinwesen nach 1949 in erheblichem Maße aus der Abkehr von den Menschenwürdeverletzungen und Verbrechen der NS-Machthaber. Jede Relativierung des Folterverbots würde diesen Legitimitätsanspruch des deutschen Staates ein Stück weit relativieren.

Das Verbot der Folter kann seine prohibitive Wirkung im übrigen nur entfalten, wenn es absolut und ohne Einschränkungen gilt.⁴² Jede auch noch so kleine Relativierung würde das Vertrauen in die rechtlich gebundene und kontrollierte Staatsmacht erschüttern und ihre Legitimität gefährden. Dem zugelassenen Einzelfall würde der nächste Einzelfall folgen. Die Folteranwendung würde zur Praxis und schließlich zur Institution.⁴³ Es gibt vielleicht ein bis drei Geiselnahmen im Jahr, bei denen man des Geiselnahmers vor der Befreiung oder dem Tod der Geisel habhaft wird, so daß die Aussageerzwingung möglicherweise zur Auffindung der Geisel führen könnte. Bei den Zeitbombenfällen ist kaum zu vermuten, daß sie praktisch werden, weil es extrem unwahrscheinlich ist, daß man von einer versteckten Bombe erfährt und gleichzeitig den Bombenleger vor Zündung der Bombe verhaften kann. Es kann keinen guten Grund geben, wegen derart singulärer Fälle für 80 Millionen Bürger das rechtlich institutionalisierte, stark gesellschafts- und bewußtseinsprägende Leitbild folterfreier staatlicher Institutionen aufzugeben. Diejenigen, die dies erwägen, differenzieren regelmäßig nicht klar genug zwischen der allgemeinen Ethik, politischen Ethik und theoretischen Rechtsethik, in denen entsprechende Abwägungen zwischen den Interessen der Betroffenen angestellt werden

⁴² Insofern scheint mir Hilgendorfs [2004: S. 339] Vorschlag, leichtere Formen unmittelbaren Zwangs zur Erlangung einer Aussage zuzulassen, zum einen wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung zur dann enger gefaßten Folter nicht praktikabel und zum anderen eine Gefährdung des prohibitiven Effekts der absolut verbotenen Folter. Eine entsprechende Rechtsänderung würde in der Öffentlichkeit sofort als Scheinerzeugung gebrandmarkt werden.

⁴³ Vgl. die anschauliche Schilderung bei Marx [2003: S. 294].

können und der praktischen Rechtsethik und Rechtspolitik, in denen die Anwendung des allgemeinen, öffentlichen, formalen, in weiten Teilen strikt gebietenden, regelmäßig mit Sanktionen verbundenen und damit in starkem Maße gesellschafts- und bewußtseinsprägenden Instruments Recht in Frage steht. Der Versuch, allgemeine Regelungen wie das Recht auf derartig singuläre Fälle zuzuschneiden, mißachtet das Spezifische derartiger allgemeiner Regelungen und führt zu Freiheits- und Sicherheitsverlusten für Millionen von Menschen, die sich bei Kontakten mit der Polizei und anderen Behörden – ob zu Recht oder zu Unrecht ist gleichgültig – einer Foltergefährdung ausgesetzt sähen. Millionen von Menschen würden darüber hinaus möglicherweise folternde Polizisten zum Leitbild ihres privaten Verhaltens gegenüber ihren Mitmenschen wählen. Eine weiter brutalisierte Gesellschaft wäre die kaum zu verhindernde Folge, weil die Exzeptionalität der Rettungsfolter kaum allgemein zu vermitteln sein dürfte.

Ein Widerspruch von Ethik und Recht besteht im übrigen nicht nur in der Frage der staatlichen Folter zum Zweck der fernwirkenden Nothilfe, sondern auch in anderen Ausnahmefällen, etwa im Fall des zivilen Ungehorsams, des Widerstandsrechts und des Tyrannenmords. Bereits Aristoteles kennt die Einschränkung der abstrakt-generellen Gerechtigkeit durch Erwägungen der konkreten Billigkeit.⁴⁴ Die Rettung vor einer Bombe ist ein vergleichbarer Fall. Es handelt sich um ein absolut singuläres Ereignis, für das es bisher kein historisches Beispiel gibt. Man kann davon ausgehen, daß eine eventuelle Bestrafung in einem derartigen Fall wie im Frankfurter Urteil milde und symbolisch sein würde und daß wie beim zivilen Ungehorsam jeder vernünftige Mensch eine solche Bestrafung auf sich nehmen würde, um seiner moralischen Verpflichtung zur Rettung einer Millionenstadt zu genügen. Man kann den Menschen auch durchaus erklären, daß der Versuch, allgemeine Normen zur

⁴⁴ Aristoteles [1137a31ff.].

Regelung derart singulärer Fälle einzuschränken, zu größeren Freiheits- und Sicherheitsverlusten führen würde als beim Verzicht auf derartige Einschränkungen. Rechtsethische Gründe sprechen also eindeutig dagegen, das absolute rechtliche Verbot der Folter zu relativieren.

Literatur

- Aristoteles, Nikomanische Ethik, hrsg. von Günther Bien, Hamburg 1985.
- Baldus, Manfred, Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995.
- Baron, Marcia, Kantian Ethics, in: Marcia W. Baron, Philipp Pettit, Michael Slote (Hg.), Three Methods of Ethics, Oxford 1997, S. 3-91.
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F., Principles of Biomedical Ethics, 5. Aufl., Oxford 2001.
- Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Ch. VII, New York 1988.
- Bielefeldt, Heiner, Folter im Rechtsstaat, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 49, 2004, S. 947-956.
- Birnbacher, Dieter, Analytische Einführung in die Ethik, Berlin/New York, 2003.
- Brugger, Winfried, Examensklausur, in: Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (VBIBW) 1995, S. 446-455.
- Brugger, Winfried, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, in: Der Staat 35, 1996, S. 67-97.
- Brugger, Winfried, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, in: Juristenzeitung (JZ) 2000, S. 165-173.
- Brugger, Winfried, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 58, vom 10. 3. 2003, S. 8.
- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), Bd. 34, Tübingen 1973.
- Erb, Volker, Nicht Folter, sondern Nothilfe, in: Die Zeit Nr. 51, vom 9. 12. 2004, S. 15.
- Feinberg, Joel, Harm to Self, Oxford 1986.
- Frey, R. G., Torture, in: Encyclopedia of Ethics, hrsg. von Lawrence C. Becker/Charlotte B. Becker, New York/London 1992, Vol. II, S. 1252-1254.
- Fuller, Lon L., The Morality of Law, Revised Edition, New Haven/London 1969.
- Gebauer, Peer, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2004, S. 1405-1409.
- Gerhardt, Volker, Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, Stuttgart 1999.

- Hare, Richard M., *Moral Thinking, It's Levels, Method and Point*, Oxford 1981.
- Hastedt, Heiner, *Der Wert des Einzelnen. Eine Verteidigung des Individualismus*, Frankfurt a. M. 1998.
- Helbing, F., *Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Völker und Zeiten*, 1910, Neudruck 2001.
- Herdegen, Matthias, Art. 1, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Lieferung Nr. 44, München 2005.
- Herzberg, Rolf Dietrich, *Folter und Menschenwürde*, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2005, S. 321-328.
- Hilgendorf, Eric, *Folter im Rechtsstaat?*, in: *Juristenzeitung (JZ)* 2004, S. 331-339.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Cambridge 1991.
- Höfling, Wolfram, Art. 1, in: Sachs, Michael (Hg.), *Grundgesetz*, 3. Aufl., München 2003.
- Jahn, Matthias, *Gute Folter – schlechte Folter?*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Baden Baden 2004, S. 24-49.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo, *Grundgesetz*, 7. Aufl, München 2004.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960.
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, BGBl. 1952 II, S. 686ff.
- Kretschmer, Bernhard, *Folter in Deutschland: Rückkehr einer Ungeheuerlichkeit*, *Recht und Politik* 39, 2003, S. 102- 117.
- Kunig, Philip, Art. 1, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 5. Aufl., München 2000.
- von Kutschera, Franz, *Grundlagen der Ethik*, 2. Aufl., Berlin 1999.
- Levinson, Sanford, *The Debate on Torture*, in: *Dissent* 79, 2003, S. 79-94.
- Locke, John, *Two Treatises of Government* Cambridge 1960.
- Lüderssen, Klaus, *Die Folter bleibt tabu – Kein Paradigmenwechsel ist geboten*, in: *Festschrift für Hans Joachim Rudolphi zum 70.Geburtstag*, hrsg. von Klaus Rogall, Neuwied 2004, S. 691-712.
- Marx, Reinhard, *Folter: Eine zulässige polizeiliche Präventionsmaßnahme?*, in: *Kritische Justiz* 2003, S. 278-304.
- Norman, Richard, *Ethics, Killing and War*, Cambridge 1995.
- Peters, Edward, *Folter. Geschichte der Peinlichen Befragung*, Hamburg 2003.
- von der Pfordten, Dietmar, *Ökologische Ethik*, Reinbek 1996.
- von der Pfordten, Dietmar, *Rechtsethik*, München 2001.
- von der Pfordten, Dietmar, *Prinzipien der Notwehr*, in: *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, hrsg. von Knut Amelung u. a, Heidelberg 2003, S. 359-373.

- von der Pfordten, Dietmar, Normativer Individualismus, in: Zeitschrift für philosophische Forschung, 58, 2004a, S. 321-346.
- von der Pfordten, Dietmar, Politik und Recht als Repräsentation, in: Recht und Politik, hrsg. von Joerden, Jan C. und Wittmann, Roland, Stuttgart 2004b, S. 51-73.
- von der Pfordten, Dietmar, Die Berücksichtigung des Anderen. Eine Ethik des normativen Individualismus und des genuinen Altruismus, (in Vorbereitung).
- Platon, Gorgias, in: Werke Band 2, Darmstadt 1990.
- Poscher, Ralf, „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“, in: Juristenzeitung (JZ) 2004, S. 256-762.
- Roxin, Klaus, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, in: Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser, hrsg. von Jörg Arnold u. a., München 2005, S. 461-472.
- Rüthers, Bernd, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2005.
- Ruthven, Malise, Torture. The Grand Conspiracy, London 1978.
- Schmoeckel, Mathias, Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, Köln/ Böhlaus 2000.
- Schneewind, Jerome, The Invention of Autonomy, Cambridge 1998.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, 26. Aufl., München 2001.
- Schroth, Jörg, Die Universalisierbarkeit moralischer Urteile, Paderborn 2001.
- Shue, Henry, Torture, in: Philosophy & Public Affairs 7, 1978, S. 124-143.
- Singer, Marcus George, Verallgemeinerung in der Ethik. Zur Logik moralischen Argumentierens, Frankfurt a. M. 1975.
- Singer, Peter, Practical Ethics, 2. Aufl. Cambridge 1993.
- Starck, Christian, in Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl., Neuwied 1999.
- Summers, Robert S., How Law is Formal and Why it Matters, in: Cornell Law Review 82, 1997, S. 1165-1229.
- Sussman, David, What's Wrong about Torture?, in: Philosophy and Public Affairs 33, 2005, S. 1-33.
- Thomson, Judith Jarvis, The Realm of Rights, Cambridge 1990.
- Trapp, Rainer Werner, „Nicht-Klassischer“ Utilitarismus. Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1988.
- Trapp, Rainer Werner, Individualrechte ernst – aber nicht unangemessen ernst genommen, in: Julian Nida-Rümelin/Wilhelm Vossenkuhl, Ethische und politische Freiheit, Berlin/New York 1998, S. 447-475.

- Übereinkommen der UN gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, BGBl. 1990 II, S. 246ff.
- Urteil des LG Frankfurt a. M. vom 20. 12. 2004: Androhung unmittelbaren Zwangs bei polizeilicher Vernehmung – Fall Daschner, in: Neue juristische Wochenschrift (NJW) 2005, S. 692-696.
- Wantchekon, Leonard und Healy, Andrew, The Game of Torture, in: The Journal of Conflict Resolution 43, 1999, S. 596-609.
- Welsch, Harald, Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates, in: Bayrische Verwaltungsblätter (BayVBl) 2003, S. 481-488.
- Wittreck, Fabian, Menschenwürde und Folterverbot, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2003, S. 873-882.
- Ziegler, Ole, Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2004, S. 50-66.