

Jasmin Schlenzka

**Die Rettungsfolter in Deutschland und Israel –
ein Rechtsvergleich**



Herbert Utz Verlag · München

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 81



Zugl.: Diss., Köln, Univ., 2011

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2011

ISBN 978-3-8316-4040-9

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG	1
KAPITEL I – DEFINITION DER FOLTER	4
<u>A. UN-Antifolterkonvention</u>	<u>4</u>
I. Vorsätzliche Handlung	5
II. Eine schwere Misshandlung, aufgrund starker physischer oder psychischer Schmerzen	6
III. Staatliche „Verwicklung“	7
IV. Ausnahmen	7
V. Zusammenfassung	9
<u>B. Die Europäische Menschenrechtskonvention</u>	<u>9</u>
I. Abgrenzung zu unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe	10
1. Die Entscheidung <i>Ireland v. UK</i>	11
a) Sachverhalt	11
b) Entscheidung	11
2. Die Entscheidung <i>Selmouni v. France</i>	13
a) Sachverhalt	13
b) Entscheidung	13
3. Entscheidung <i>Jalloh v. Germany</i>	14
a) Sachverhalt	14
b) Entscheidung	14
4. Zusammenfassung	16
II. Staatliche Zurechnung	17
III. Ausnahmen	17
IV. Zusammenfassung	18
<u>C. Der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte</u>	<u>19</u>
<u>D. Völkerstrafrecht</u>	<u>20</u>
I. Das IStGH-Statut	20
1. Definition der Folter	20
2. Ausnahmen	22
II. Zusammenfassung	22
<u>E. Völkergewohnheitsrecht</u>	<u>23</u>
I. Das Folterverbot als Völkergewohnheitsrecht	23
II. Definition der Folter	25
<u>F. Ergebnis</u>	<u>26</u>
KAPITEL II – DIE GRUNDLAGEN DES FOLTERVERBOTS	28
<u>A. Der Sachverhalt</u>	<u>28</u>
<u>B. Teil I – Die deutsche Rechtslage</u>	<u>29</u>
I. Einfachgesetzliche Normen	30
1. Polizei- und Strafprozessrecht	30
a) Folterverbot in der StPO	31
aa) Vernehmungsbefugnis und Aussageverweigerungsrecht	31
bb) Durchsetzungsmöglichkeiten und ihre Grenzen, § 136a StPO	32

(1) Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich	33
(2) Schutzobjekte	34
(3) Verbotene Methoden	35
(4) Verwertbarkeit	37
cc) Ergebnis zur StPO	37
b) Folterverbot im Polizeirecht	38
aa) Befragungsbefugnis und Aussagepflichten	38
(1) Die Befragungsbefugnis	38
(2) Die Voraussetzungen für eine Auskunftspflicht	39
(a) Die unterschiedlichen Regelungen der Bundesländer	39
(b) Ergebnis zur Auskunftspflicht	42
bb) Aussageverweigerungsrecht	42
(a) Die unterschiedlichen Regelungen der Bundesländer	42
(b) Zwischenergebnis	44
cc) Durchsetzungsmöglichkeiten	44
(1) Verweise auf § 136a StPO	45
(2) Eigene Regelungen	45
dd) Ergebnis zum Polizeirecht	45
c) <i>Exkurs</i> : Eingriffsbefugnisse aus Verfassungs- und Strafrecht	46
d) Ergebnis zu 1.	47
2. Strafrecht	47
a) Tatbestände	48
aa) Aussageerpressung, § 343 StGB	48
(1) Schutzzweck	48
(2) Täterkreis	49
(3) Tathandlung	50
(4) Geschütztes Verfahren	51
(a) Präventives polizeiliches Handeln?	52
(b) Sind präventive Maßnahmen Verfahrensarten des §343StGB?53	
(c) Zwischenergebnis	56
(5) Ergebnis	56
bb) Körperverletzung im Amt, § 340 StGB	56
cc) Nötigung im Amt, § 240 I, IV StGB	58
(1) Objektiver Tatbestand	58
(a) Allgemeiner Tatbestand, § 240 I StGB	58
(b) Verwerflichkeitsklausel des § 240 II StGB	59
(2) Subjektiver Tatbestand	60
(3) Regelbeispiel des Absatzes IV	61
dd) Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat, § 357 StGB	61
ee) Zwischenergebnis	62
b) Rechtfertigungsgründe	62
aa) Vorüberlegung – „Die Einheit der Rechtsordnung“	62
bb) Nothilfe, § 32 StGB	65
(1) Nothilfefolge	65
(a) Die Geiselnahme/ Bombenlegung	65
(b) Das Verschweigen	69
(c) Notwehrfähige Rechtsgüter	70
(2) Nothilfehandlung	71
(a) Richtung gegen den Angreifer	71
(b) Erforderlichkeit	72
(c) Gebotenheit	74

(3) Zwischenergebnis	79
cc) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB.....	80
(1) Notstandslage.....	80
(a) Gefahr.....	80
(b) Gegenwärtigkeit	82
(c) Notstandsfähige Rechtsgüter.....	83
(2) Notstandshandlung.....	84
(a) Erforderlichkeit	84
(b) Güterabwägung und Angemessenheit	84
(3) Zwischenergebnis	87
c) Entschuldigungsgründe.....	87
aa) Entschuldigender Notstand, § 35 StGB.....	88
bb) Notwehrexzess, § 33 StGB	89
cc) Der Amtsträger als Gewissens- oder Überzeugungstäter	90
dd) Übergesetzlicher Notstand	92
ee) Ergebnis.....	94
d) Ergebnis zu 2.	94
II. Das Grundgesetz.....	94
1. Art. 2 II 1 GG.....	95
2. Nemo tenetur – Grundsatz	96
3. Art. 104 I 2 GG	97
a) Schutzbereichsverletzung	97
aa) Der Begriff des „Festhaltens“.....	97
bb) Verbotene Handlungsweisen	98
b) Schranken: Absolute Wirkung?.....	99
4. Art. 1 I 1 GG	101
a) Der Begriff der Menschenwürde	101
aa) Hintergrund	102
bb) Lehre	106
(1) Würde als Leistung oder als Wert?.....	106
(2) Die Objektformel: eine Leerformel?.....	108
cc) Bundesverfassungsgericht.....	110
dd) Ergebnis und Schlussfolgerung.....	116
b) Charakter und Funktion des Art. 1 I 1 GG	117
aa) Grundrechtscharakter	118
bb) Unantastbarkeit	119
cc) Schutzrichtung.....	120
dd) Zwischenergebnis	121
c) Ergebnis	121
5. Ergebnis zu II.	121
III. Völkerrecht	121
1. Völkervertragsrecht.....	122
a) Die Wirkung von Völkervertragsrecht im deutschen Recht	122
b) Die Wirkung der Verträge im Einzelnen.....	124
aa) Die Besonderheit der EMRK	124
bb) <i>Exkurs</i> : Der Schutz der Menschenwürde in der EMRK	128
2. Völkergewohnheitsrecht	131
3. Ergebnis.....	133
IV. Ergebnis zu den deutschen Grundlagen.....	134
C. Teil II – Die israelische Rechtslage	134
I. Einleitung.....	134

1. Entstehungsgeschichte Israels	135
2. Rechtsentwicklung	138
II. Einfachgesetzliche Normen	141
1. Strafprozess- und Polizeirecht	142
a) Vorüberlegungen	142
b) Folterverbot der Polizei	143
aa) Vernehmungsbefugnis und Aussageverweigerungsrecht	143
bb) Durchsetzungsmöglichkeiten	146
cc) Verwertbarkeit	148
dd) Ergebnis zur Strafprozessordnung	151
c) Folterverbot des General Security Service	151
aa) Abgrenzung zwischen Polizei- und GSS-Aufgaben	152
bb) Vernehmungsbefugnis und Aussageverweigerungsrecht	154
cc) Durchsetzungsmöglichkeiten und Verwertbarkeit	155
dd) <i>Exkurs</i> : Privileged Evidence	156
d) Strafrechtliche Rechtfertigungsgründe als Ermächtigungslage	158
e) Ergebnis zu 1.)	160
2. Strafrecht	160
a) Strafbarkeit der Amtsträger	161
b) Straftatbestände	162
c) Defences	165
aa) Vorüberlegungen	165
bb) Self-defence, s. 34 J Penal Law	166
(1) Unlawful attack	167
(2) Notwehrfähige Rechtsgüter	171
(3) Notwehrhandlung	172
(a) Angriffs- und Verteidigungsrichtung	173
(b) Immediately needed	174
(c) Abwägung	175
(4) Ergebnis zu bb.)	178
cc) Necessity, s. 34 K Penal Law	178
(1) Notstandslage und Notstandshandlung	178
(2) Abwägung	182
(3) <i>Exkurs</i> : entschuldigender Notstand	185
(4) Ergebnis zu defence of necessity	186
dd) Duress, s. 34 L Penal Law	186
ee) Justification, s. 34 M Penal Law	187
ff) Ausnahme	189
gg) Zwischenergebnis	190
d) Ergebnis zu 2.	191
III. Verfassungsrecht	191
1. Die Entwicklung des Verfassungsrechts	191
2. Die Rolle des Supreme Court	196
3. Basic Law of Liberty and Human Dignity	200
a) <i>Kvod Ha-adam, Kavod</i> und das jüdische Verständnis	201
b) Human Dignity vor 1992	204
c) Human Dignity nach 1992	205
aa) Definition und Umfang	205
bb) Einzelne Aspekte	209
(1) Schutz der körperlichen Integrität	210
(2) Nemo-tenetur-Grundsatz	212

cc) Schutzzumfang.....	214
(1) Limitation Clause: Auswirkungen auf das einfache Recht.....	214
(2) Schutz des Einzelnen.....	221
4. <i>Exkurs: Emergency Regulations</i>	222
5. Ergebnis zum Verfassungsrecht.....	225
IV. Völkerrecht.....	226
1. Völkervertragsrecht.....	227
2. Völkergewohnheitsrecht.....	228
3. Internationales Recht als Auslegungshilfe.....	229
4. Anwendung auf die Folter.....	230
5. Ergebnis.....	231
V. Ergebnis zu den israelischen Grundlagen.....	232
<u>D. Fazit Kapitel II.....</u>	<u>232</u>

KAPITEL III – AUSNAHMEN ZUM FOLTERVERBOT 233

<u>A. Deutschland.....</u>	<u>233</u>
I. Einführung.....	233
II. Die Relativierungsvorschläge der Literatur.....	233
1. Die Relativierbarkeit der Menschenwürde.....	233
a) Kern- und Randbereich.....	233
b) Würdekollision.....	236
c) Stellungnahme.....	238
2. Die Befugnislösung.....	243
a) <i>Bruggers</i> Thesen.....	243
b) Stellungnahme.....	247
3. Die strafrechtlichen Lösungen.....	250
a) Notwehr.....	250
b) Abgrenzung.....	253
c) Entschuldigung.....	256
d) Stellungnahme.....	257
4. Alternativvorschlag: Der rechtsfreie Raum.....	263
a) <i>Lindners</i> These.....	263
b) Stellungnahme.....	265
III. Die Rechtsprechung.....	266
1. Das BVerfG und die Relativierung der Menschenwürde.....	266
2. Der Daschner-Fall.....	274
a) Die Entscheidung des LG Frankfurt a.M.....	274
b) Die Entscheidung des BVerfG.....	277
c) Die Entscheidung des EGMR.....	277
3. Stellungnahme.....	281
a) Zur Rechtsprechung des BVerfG.....	281
b) Zum Daschner-Fall.....	285
IV. Ergebnis.....	287
<u>B. Israel.....</u>	<u>288</u>
I. Der Landau Commission Report 1987.....	289
1. Die Empfehlungen.....	289
2. Die Reaktionen.....	295
3. Entwicklung bis zur Entscheidung des Supreme Court 1999.....	298
4. Stellungnahme.....	301
II. Die Entscheidung des Supreme Court 1999.....	305

1. Der Sachverhalt	305
2. Die Entscheidung.....	306
3. Die Reaktionen.....	311
a) Kritik.....	311
b) Alternativvorschläge.....	314
aa) Absolutes Verbot oder Ermächtigungsgrundlage.....	314
bb) Rechtfertigungslösung	316
4. Stellungnahme	317
a) Zur Entscheidung des Supreme Court 1999.....	317
b) Zur Kritik.....	319
c) Zu den Alternativvorschlägen.....	321
III. Entwicklung nach der Entscheidung.....	324
1. Die Gesetzesvorlage 1999 und das GSS-Gesetz 2002	324
2. Die Richtlinien des Generalbundesanwalts.....	326
3. Die Praxis des GSS	327
4. Stellungnahme	330
IV. Ergebnis.....	335
<u>C. Nationale Relativierung: Völkerrechtskonform?</u>	<u>338</u>
I. Völkergewohnheitsrechtliche Bestrafungspflicht der Staaten	339
II. Der „öffentliche Notstand“ in menschenrechtlichen Verträgen	341
III. Ergebnis.....	346
<u>D. Fazit Kapitel III</u>	<u>347</u>
KAPITEL IV – VERGLEICH	348
KAPITEL V – EIN LÖSUNGSVORSCHLAG.....	351
<u>A. Ablehnung der Lösung durch eine Ermächtigungsgrundlage</u>	<u>351</u>
<u>B. Ablehnung der „Rechtfertigungslösungen“</u>	<u>355</u>
I. Grundsätzliche Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld.....	355
II. Ablehnungsgründe	356
<u>C. Befürwortung einer „Schuldlösung“</u>	<u>358</u>
I. Grundsätzlich	358
II. Ablehnung von Notwehrexzess und entschuldigendem Notstand	360
III. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand	363
1. Voraussetzungen.....	364
2. Vorteile und Widerlegung der Nachteile	364
<u>D. Ergebnis</u>	<u>371</u>
LITERATURVERZEICHNIS	373

Einleitung

Der Kampf gegen den Terrorismus hat in den letzten Jahren überall auf der Welt zu einem neuen Sicherheitsdenken geführt. Der dabei am meisten Unsicherheit hervorrufende, rechtliche Aspekt ist die Frage danach, wie weit in die Freiheitsrechte der Bürger zum Schutze der öffentlichen Sicherheit eingegriffen werden darf. Die Meinungen hierzu variieren in einem Spektrum von Hochhaltung absoluter Normen als Argument für das Verbot der Einschränkung von Freiheitsrechten bis zur Deklaration der nationalen Sicherheit als oberstes Rechtsgut, deren Schutz jegliche Eingriffe in Bürgerrechte rechtfertigt. Die Diskussion ist dabei, insbesondere ob der Vagheit der Begrifflichkeiten von Terrorismus und Sicherheit, die damit auch keine klare Aussage über den status quo zulässt, von Angst geprägt und stark emotionalisiert. Bei der Beantwortung der Frage nach einem gerechten Ausgleich zwischen Sicherheit und Freiheit bietet es sich an, über den eigenen „Tellerrand“ hinaus zu schauen und in andere demokratische Länder zu blicken, die bereits Erfahrungen mit einer terroristischen Bedrohungslage haben. Israel lebt seit der Gründung seines demokratischen Staates unter ständigen Anfeindungen und terroristischen Anschlägen, die zwar die Existenz des Staates nicht direkt bedrohen, aber mit dieser Absicht getätigt werden. Auch in Israel findet sich die Debatte für einen gerechten Ausgleich zwischen Freiheit und Sicherheit – allerdings mit umgekehrten Vorzeichen – wieder. Während Eingriffe in Bürgerrechte in Israel mit der Begründung des Schutzes der nationalen Sicherheit, bereits ihre praktische Umsetzung in vielen Bereichen gefunden haben, kämpfen viele Menschenrechtler in Israel für eine Eindämmung dieser Eingriffe, was auch zunehmend mit Hilfe der Rechtsprechung des Supreme Court gelingt.

Ein Aspekt der rechtlichen Diskussion um den richtigen Weg zum Schutz der Sicherheit der Bürger ist die Frage nach neuen präventiven Mechanismen zur Verhinderung von Attentaten und Geiselnahmen. In diesem Kontext wird ein Instrumentarium „wiederentdeckt“, das man seit 250 Jahren aus den europäischen Rechtssystemen verschwunden wähnte: die Folter. Damals hielt man sie für den Strafprozess unerlässlich, und sie stand bei der Strafverfolgung im Mittelpunkt des Beweiserlangungsverfahrens. Demgegenüber wird sie heute als Instrumentarium zur präventiven Informationsgewinnung diskutiert. Beiden Instrumentarien gemein ist jedoch die Ausgangslage: ein Verdächtiger bzw. Beschuldigter hat Informationen, die er nicht preisgeben möchte, deren Erlangung der Vernehmende jedoch wünscht. Heute wird die Folter unter dem Stichwort „Rettungsfolter“ diskutiert. Damit ist Folgendes gemeint: Es besteht eine Bedrohungslage für hochrangige Rechtsgüter beispielsweise durch ein Attentat oder eine Geiselnahme. Der Verdächtige bzw. Beschuldigte hat Informationen um diese Bedrohung nicht

in einen Schaden umschlagen zu lassen, verweigert jedoch die Auskunft. Ist es dann, in einer sonst ausweglos erscheinenden Situation denkbar, auf den Informationsträger physischen oder psychischen Druck auszuüben, damit dieser die gewünschten Informationen preisgibt und die betroffenen Rechtsgüter gerettet werden können? Auch die Diskussion um diesen Teilbereich der Sicherheitsdebatte wird hoch emotional geführt. Während in Israel jedoch seit den 1980er Jahren ihre Anwendung überhaupt erst wieder in Frage gestellt wird, wird deren Legalisierung in Deutschland intensiv erst wieder seit dem Entführungsfall *Jakob von Metzlers* im Jahre 2005 debattiert.

Auf rechtlicher Ebene problematisch erscheint die Anwendung der Folter aus folgendem Grund: Zunächst besteht ein internationaler Konsens darüber, dass die Folter grundsätzlich verboten ist. Dies äußert sich nicht nur in internationalen Verträgen, sondern ist auch Teil des Völkergewohnheitsrechts. Hinzu kommt die unbestrittene Verletzung der Würde desjenigen, der gefoltert wird. Diese Verletzung ist der Grund für die weltweite Ächtung der Folter. Die Menschenwürde hat nämlich sowohl auf israelischer und deutscher nationaler Ebene als auch auf internationaler Ebene den Rang eines höchsten Rechtsguts. Hinzu kommt die Angst vor einer dammbuchartigen Anwendung, ließe man die Folter ein einziges Mal zu. Diese Angst wird durch die Erfahrungen der Vergangenheit, die gezeigt haben, wie grausam Menschen Ihrgleichen gegenüber sein können, genährt. Die Folter als standardisiertes Instrumentarium in westlich orientierten, demokratischen Rechtsordnungen wieder zu finden, stößt deshalb auf Skepsis bis zu vehementer Ablehnung. Auf der anderen Seite stehen aber die Interessen der durch das Attentat/ die Geiselnahme Betroffenen und die Frage danach, ob eine Verletzung ihrer Rechte durch den Attentäter/ Geiselnehmer hingenommen werden darf, obwohl sich eine Möglichkeit der Rettung der Opfer anbietet. Kann eine Rechtsordnung die Augen vor einer Möglichkeit der Rettung von Menschenleben und schwerwiegenden Würdeverletzungen, um eines reinen Prinzips willen, verschließen?

Betrachtet man nun Deutschland und Israel als zwei Länder mit unterschiedlicher Vergangenheit und vor allem Gegenwart und deren Rechtslage bezüglich der Rettungsfolter, so kommt man zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass trotz der unbezweifelbaren, unterschiedlichen Sicherheitslagen beider Länder, die Unterschiede bezüglich der Rettungsfolterproblematik auf rechtlicher Ebene nicht entsprechend groß sind. Allein die Praxis in den beiden Staaten weicht erheblich voneinander ab. Deswegen stellt sich an dieser Stelle die Frage, wie es zu einer solchen Diskrepanz zwischen Rechtslage und Rechtswirklichkeit kommen kann. Die These, die hier aufgestellt wird ist die, dass die Tabuisierung und der unehrliche Umgang mit der Folterproblematik der Grund hierfür sind. Ziel dieser Arbeit soll es deswegen sein, zu zeigen, dass

ein wesentlicher Beitrag zum Thema Rettungsfolter die Abkoppelung dieser Problematik von der Terrorismus- und Sicherheitsdebatte ist, um diese in den Schoß einer juristischen Diskussion zurückzuführen. Nur mit einer systematischen Einordnung der Rettungsfolter in die Rechtsordnung kann der unnötigen Tabuisierung ebenso entgegen gewirkt werden, wie einer dammbruchartigen Anwendung. Nur weil das Thema hinter absoluten Normen „versteckt“ und nicht gezeigt wird, dass das Recht Lösungen anzubieten hat, die beiden Seiten der Diskussion gerecht werden, kann es zu einer unerwünschten Handhabung der Rettungsfolter kommen.

Die Arbeit beginnt zu diesem Zweck mit der Klärung des Begriffes der Folter, was durch Heranziehung der international-rechtlichen Definition getan werden soll (Kapitel I). Dann soll zunächst gezeigt werden, dass beide Rechtsordnungen ein grundsätzliches Folterverbot statuieren (Kapitel II), um schließlich deren bereits vorhandenen, bzw. diskutierten Ausnahmen aufzuzeigen (Kapitel III). In einem letzten Schritt soll aus den Erkenntnissen, die aus dem Vergleich der Situationen beider Länder gewonnen werden können (Kapitel IV), ein Lösungsvorschlag zur rechtlichen Einordnung der Rettungsfolter gemacht werden, der sowohl dem nationalen Recht beider Länder als auch dem internationalen Recht entspricht (Kapitel V).